

THÈSE DE

DIJON.

1885

N^o. 4.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DES CONDITIONS
ET
DES CHARGES IMPOSSIBLES

Contraires aux lois & aux bonnes mœurs

DANS LES LIBÉRALITÉS PAR DISPOSITIONS ENTRE-VIFS OU TESTAMENTAIRES

EN DROIT ROMAIN & EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE 7 JUILLET 1885

PAR PAUL VALOT

AVOCAT A BESANÇON

BESANÇON

IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE DE PAUL JACQUIN

Grande-Rue, 14, à la Vieille-Intendance

—
1885

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE 7 JUILLET 1885

PAR PAUL VALOT

AVOCAT A BESANÇON

SOUS LA PRÉSIDENTE DE M. GAUDEMET

PROFESSEUR

SUFFRAGANTS : $\left\{ \begin{array}{l} \text{MM. BONNEVILLE,} \\ \text{MONGIN,} \\ \text{BAILLY,} \\ \text{Louis LUCAS, } \textit{agrégé.} \end{array} \right\} \textit{professeurs.}$

BESANÇON

IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE DE PAUL JACQUIN

Grande-Rue, 14, à la Vieille-Intendance

1885

A MES PARENTS

A MES MAITRES

A MES AMIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DES CONDITIONS

ET

DES CHARGES IMPOSSIBLES

Contraires aux lois & aux bonnes mœurs

DANS LES LIBÉRALITÉS PAR DISPOSITIONS ENTRE-VIFS OU TESTAMENTAIRES

EN DROIT ROMAIN & EN DROIT FRANÇAIS

DROIT ROMAIN

La condition est *un événement futur et incertain auquel la volonté des parties subordonne la formation ou l'extinction d'un rapport de droit* ¹. Telle est l'idée qui ressort de l'ensemble des textes romains, qui ne contiennent pas une définition de la condition, mais la caractérisent en indiquant principalement ses effets.

Les jurisconsultes rattachent de préférence leurs observations sur la condition à la stipulation ², comme à la forme la plus répandue, la plus susceptible de se plier aux exigences de la volonté, que l'on puisse employer pour produire un effet de droit. C'est aussi relativement à ce contrat que les interprètes fournissent leurs commentaires touchant la nature, les caractères de la condition, son ac-

¹ BUFNOIR, *Théorie de la condition*, p. 1.

² *Inst. Justin.*, § 4, 6, *De verb. oblig.*, III, 15. — §§ 2, 14, 25; *De inutil. stip.*, III, 19.

complissement, ses effets alors qu'elle est pendante, ou après qu'elle est accomplie ou défaillie.

Mais c'est à propos des dispositions testamentaires que les jurisconsultes romains se sont livrés aux investigations de détail, aux discussions les plus subtiles en ce qui concerne la condition. C'était bien, en effet, dans ce genre de dispositions, émanant d'une volonté unique, en conséquence moins éclairée, que l'on devait rencontrer le plus fréquemment cette clause avec un sens moins précis, laissant un champ plus vaste à l'interprétation.

Le droit romain ne contient pas une théorie générale sur la condition s'adaptant à tous les actes juridiques. Une telle œuvre ne saurait émaner que d'une autorité agissant brusquement, prête à revenir bientôt sur des essais malheureux. La rechercher à Rome serait méconnaître la sage lenteur, la progression logique et toujours pratique qui y caractérisent les développements du droit : les jurisconsultes qui contribuent à le former ont un souci trop grand du respect des traditions et des besoins que leur révèlent chaque jour les faits qu'ils ont sous les yeux. Aussi examinent-ils particulièrement pour chaque genre d'acte de quelle manière la condition doit se comporter. A ce sujet, on distingue les actes entre-vifs qui transfèrent la propriété, et ceux qui donnent naissance à des obligations, les actes à cause de mort translatifs de propriété, à titre universel ou à titre particulier, et encore ceux productifs d'obligations. De là, autant de théories distinctes qui présentent à côté de caractères communs de nombreuses différences. Les conditions impossibles, illicites et immorales nous en fournissent un exemple remarquable ; nous verrons, en effet, que de telles conditions qui annulent les actes entre-vifs auxquels elles sont jointes sont au contraire réputées non écrites dans les dispositions testamentaires.

Cette différence, qui s'explique par de nombreux motifs que nous aurons à apprécier, ne paraîtrait pas sous son véritable jour et pourrait à bon droit être considérée comme trop anormale, si nous l'isolions complètement des autres divergences que les lois romaines ont consacrées au sujet des conditions dans les actes entre-vifs et les testaments, et qui sont justifiées par la nature et l'esprit de ces dispositions.

Ce sont ces différences que nous rappellerons tout d'abord dans un chapitre premier, avant d'étudier d'une façon spéciale celle qui réside dans les effets des conditions impossibles, illicites et immorales, et qui forme l'objet particulier de notre étude. Cet exposé ne sera donc qu'un examen partiel de la législation romaine concernant la condition, mais il contiendra la partie la plus originale de ce droit, c'est-à-dire l'adaptation de décisions particulières à chaque genre d'actes destiné lui-même à répondre à des besoins spéciaux. A cet effet, à moins d'indications contraires et aussi pour éviter une trop grande division dans les explications, nous avons groupé sous le nom d'actes entre-vifs ceux qui transfèrent la propriété et ceux qui produisent seulement des obligations, et sous le nom de testaments, toutes les dispositions à titre universel ou à titre particulier, translatives de propriété ou créatrices d'obligations qui peuvent s'y rencontrer. C'est que ces deux classes d'actes, par leurs caractères bien distincts, justifient les principales différences que nous avons à présenter, et qui nécessairement deviennent moins nombreuses et moins importantes si l'on compare les actes entre-vifs entre eux ou les dispositions testamentaires entre elles.

CHAPITRE I^{er}.

DIFFÉRENCES CONSACRÉES PAR LES LOIS ROMAINES AU SUJET DES
CONDITIONS DANS LES ACTES ENTRE-VIFS ET LES TESTAMENTS.

Nous rencontrons ces divergences, soit dans les caractères mêmes constitutifs de la condition, soit dans son mode d'accomplissement, soit dans ses effets, alors qu'elle est pendante, accomplie ou défaillie.

§ 1^{er}.

Accomplissement de la condition.

1^o La condition, pour mériter ce nom dans les actes entre-vifs, doit porter sur un fait futur et incertain : c'est ce caractère d'incertitude qui sert en effet à distinguer la condition du terme, celui-ci portant aussi sur un événement futur. Si donc la modalité opposée à un acte entre-vifs envisage un événement qui arrivera certainement, mais à une époque plus ou moins éloignée, que l'on ne peut préciser à l'avance, l'incertitude ne portant plus sur l'accomplissement de l'événement prévu, mais uniquement sur l'époque de cet accomplissement, apporte, il est vrai, à cette modalité un élément qui la rapproche de la condition, mais qui ne suffit pas à supprimer la distance qui sépare encore le terme de la condition. Dans ce cas, il y a terme incertain, *dies incertus* : c'est ce qui se présente dans les stipulations : *post*

mortem tuam, post mortem meam, pridie quam moriar, pridie quam morieris, quum moriar, quum morieris, post mortem alterius. Depuis Justinien, toutes ces modalités sont valables ¹ dans les stipulations et produisent tous les effets d'un terme ordinaire, notamment, elles ne suspendent pas la naissance du droit, mais seulement son exigibilité ². Aussi comprend-on le grand intérêt qu'il y avait pour les jurisconsultes romains à distinguer le *dies incertus* de la condition. Cette distinction était quelquefois difficile, surtout si, se référant à un événement incertain, les parties avaient employé les expressions consacrées pour indiquer le terme: *quum Titius consul erit, quum filius meus ad pubertatem pervenerit*. Ces difficultés qui avaient assailli les jurisconsultes en ont fait naître de nouvelles pour leurs interprètes, car dans nombre de textes on trouve des modalités du genre de celles que nous rappelons et qui sont des conditions désignées sous la dénomination de *dies incertus*; ces mêmes textes consacrant les conséquences d'une véritable condition ³. Si les lois peuvent contenir des expressions inexactes quant à la forme, elles sont du moins constantes pour le fond de la doctrine, et c'est là le seul fait que nous ayons ici à constater ⁴.

Aucune de ces difficultés ne se présentait dans les modalités de ce genre jointes aux testaments : ici, en effet, le *dies incertus* était regardé comme une véritable condition, en faisant abstraction du caractère d'incertitude qui doit

¹ L. 11, C., *De contr. et comm. stip.*, VIII, 38. Dans le droit classique, les quatre premières de ces clauses étaient rejetées (Gaius, III, § 100), comme portant atteinte au principe qui interdit de stipuler ou promettre pour ses héritiers seuls.

² L. unic., C., *Ut act. et ab hered.*, IV, 11.

³ L. 21, pr., in fine, D., *Quando dies legat.*, XXXVI, 2. — L. 16, § 1, D., *De condict. indeb.*, XII, 6.

⁴ L. 22, pr., D., *Quando dies legat.*, XXXVI, 2.

planer sur l'arrivée même de l'événement en question. Toutefois, comme cette règle n'avait été admise que pour répondre à certains besoins, elle ne doit pas être étendue au delà de ceux-ci, comme nous allons l'expliquer.

En ce qui concerne les legs : s'il s'agit d'un legs pur et simple ou à terme, la *diei cessio* se produit au jour de la mort du testateur, selon la doctrine ancienne et celle de Justinien ¹, c'est-à-dire que le légataire mourant après cette époque, et même avant l'adition d'hérédité, transmettait son droit au legs à ses héritiers ². Telle était donc la règle qui eût dû être appliquée dans l'hypothèse du legs fait sous cette modalité : *quum heres morietur*, qui n'est qu'un terme incertain. Et cependant, dans cette hypothèse, les jurisconsultes avaient décidé que la *diei cessio* ne se produisait qu'au jour où l'événement prévu se réalisait, comme si le legs eût été conditionnel ³. C'est que, dans l'un et l'autre cas, par interprétation de la volonté du testateur, on veut enlever aux héritiers du légataire, mort avant l'arrivée de l'événement, le droit à un legs qui n'était fait qu'en vue de la personne du légataire lui-même. Autrement dit, le legs est subordonné selon les vues du disposant à la condition que le légataire sera encore vivant au moment de l'arrivée de l'événement. C'est bien ce qui est indiqué dans la dernière loi rappelée : *Legatum sub conditione relictum est; quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est an legatario vivo dies legati non cedet, et non est certum ad eum legatum perventurum*.

Tel est le seul motif qui a fait assimiler dans le legs le

¹ Sous le régime des lois caducaires, la *diei cessio* avait été reculée à l'*apertura tabularum*.

² L. 5, pr., D., *Quando dies legat.*, XXXVI, 2. — Ulpian. reg., XXIV, § 30.

³ L. 4, pr., 13, in fine, D., *cod. tit.* — L. 12, § 1, *De leg.*, 2^o, XXXI. — LL. 1, § 2; 79, § 1, *De condit. et demonst.*, XXXV, 1.

dies incertus à la condition ; aussi, lorsqu'il résulte de la modalité elle-même qu'elle s'accomplira nécessairement du vivant du légataire, l'interprétation de volonté que nous signalions n'a plus aucune raison, et l'on retombera sous l'empire de la règle générale, à savoir que le *dies cedens* dans le legs à terme a lieu à la mort du testateur. Les lois confirment cette solution au sujet de la clause *quum legatarius morietur* ; dans ce cas, *purum legatum est, quia non conditione, sed mora suspenditur* ¹. Voilà la décision limitée par ses motifs mêmes.

Nous n'avons parlé que du *dies incertus ex quo*. On sait que jusqu'à Justinien ², qui le premier admit la validité de la translation de la propriété *ad tempus*, les legs faits sous un terme *ad quem*, comme sous une condition *ad quam*, étaient nuls. Depuis cet empereur, il est peu douteux que le legs fait *ad diem incertum* ne fût valable, et n'eût son *dies cedens* au jour même de la mort du testateur ; le légataire pouvant se le faire délivrer immédiatement à la condition de promettre restitution au jour indiqué, *cautionem in personam heredis exponere*. Mais le terme extinctif incertain avait un caractère particulier qui lui faisait produire les effets de la condition dans le legs *in singulos annos*. Dans les dispositions de ce genre, on présumait encore que le disposant n'avait eu l'intention que de gratifier le légataire seul, et non ses héritiers, de telle sorte que l'on divisait la disposition en plusieurs legs : *Primi anni purum, sequentium| conditionale ; videri enim hanc inesse conditionem, si vivat, et ideo mortuo eo, ad heredem legatum non transire* ³. On avait décidé, au contraire, que la stipulation *in singulos annos*

¹ L. 79, pr., D., *eod. tit.* — L. 4, § 1, D., *Quando dies legat.*, XXXVI, 2.

² L. 26, C., *De legat.*, VI, 37.

³ L. 4, D., *De ann. leg.*, XXXIII, 1. — L. 11, *ibid.*

contenait un véritable terme, et qu'en conséquence elle était *perpetua*, le temps n'étant pas un mode d'extinction des obligations.

Nous pensons même que l'on doit aller plus loin, et décider que le legs *in singulos annos*, auquel on avait apposé un terme certain : *usque ad annos triginta quinque a die mortis meæ*, devait se décomposer de la même manière que le legs *usque ad mortem legatarii*, les prestations successives restant soumises à la condition de survie du légataire. J'en puise la preuve dans ce principe qui assimilait d'une façon générale le legs *in singulos annos* à l'usufruit, en ce que l'un et l'autre finissent par la mort ¹, et cela avec d'autant plus de raison que de semblables legs ont le plus souvent le caractère d'aliments, et que les lois n'établissent nulle part de distinction. Nous rencontrons cependant un texte qui semblerait le décider en sens contraire ², mais je crois qu'on ne doit rien en induire : il s'agit là, en effet, d'un fidéicommiss particulier, pour lequel l'interprétation a toujours été admise d'une façon bien plus large que pour les legs ; le texte s'occupe, en outre, d'une situation anormale, qui présente bien des invraisemblances, et qui a pu justifier une solution extraordinaire.

Nous arrivons donc à consacrer, même dans un legs fait *ad diem certum*, les effets que produiraient des legs multiples mais tous conditionnels, c'est-à-dire subordonnés quant à leur acquisition à la condition d'existence du légataire au commencement de chaque période ³.

¹ L. 8, *eod. tit.*

² L. 18, *pr.*, *eod. tit.*

³ On devra évidemment examiner s'il ne s'agit pas d'un capital unique payable en des termes successifs, cas auquel il ne s'agirait pas d'un legs *in singulos annos* et où par suite le *dies cedens* aurait lieu au jour du décès du testateur.

Relativement à l'institution d'héritier, nous faisons la même observation que pour le legs. Là aussi le terme incertain est assimilé à une condition, mais on ne peut plus en donner la même raison et dire : Il faut que l'héritier survive au *dies incertus*, ce n'est qu'à cette condition qu'il recueillera l'hérédité, la dévolution de celle-ci étant essentiellement personnelle. Il n'y a pas ici, en effet, de *dies cedens* qui, se produisant au jour du décès du testateur, et rendant dès cet instant l'hérédité transmissible aux héritiers de l'institué, risque de la faire parvenir directement à l'échéance du terme entre des mains autres que celles de cet institué. Etant donnée cette différence dans le mode d'acquisition du droit, on eût dû, afin de faire produire à la volonté du testateur ses effets présumés, assimiler aussi le *dies certus* à une condition ; or, nous savons que le *dies certus a quo vel ad quem* était réputé non écrit dans les institutions ¹.

Les Romains avaient en effet posé en principe la règle *nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest* ². On ne pouvait laisser à la fois une succession testamentaire et une succession ab intestat ; aussi, par une interprétation de volonté on décidait que l'institution *ex die* ou *ad diem*, *ex certa parte* ou *ex certis rebus*, qui en principe eût dû être déclarée nulle, devait être étendue à toute l'hérédité, le testateur étant présumé avoir préféré voir sa disposition augmentée à la voir entièrement supprimée ³. C'était là une conséquence de la grande préférence qui s'attachait à Rome à la succession testamentaire, et de là aussi la règle *semel heres, semper*

¹ L. 34, D., *De hered. instit.*, XXVIII, 5. — *Inst. Just.*, § 9, *eod. tit.*, II, 14.

² *Inst. Just.*, *eod. tit.*, § 5.

³ *Ibid.* — L. 41, § 8, D., *De vulg. pupill. subst.*, XXVIII, 6.

heres ¹. Mais lorsque le terme était incertain, le principe n'était plus violé d'une façon si évidente, le terme pouvant survenir d'un moment à l'autre, et enlevant aux héritiers *ab intestat* le pouvoir de faire adition avec sécurité. Aussi ne supposait-on pas que le testateur avait voulu, contrairement au principe, que sa succession fût dévolue pour un moment quelconque aux héritiers *ab intestat*, et par une interprétation de volonté qui permettait de conserver la modalité dans cette hypothèse plus douteuse, on décidait qu'il avait voulu suspendre la délation de l'hérédité jusqu'à l'arrivée du *dies incertus*; l'hérédité restant jusqu'à ce jour jacente comme elle l'était jusqu'à l'accomplissement d'une condition ordinaire. L'institué excluait alors les héritiers *ab intestat*, s'il était vivant et capable à cette époque.

Les motifs que nous donnons de cette assimilation du *dies incertus* à la condition dans l'institution d'héritier, nous montrent que l'on ne doit faire ici aucune distinction, du genre de celle que nous présentions en matière de legs, entre le *dies incertus* qui doit survenir nécessairement du vivant de l'institué, et celui qui peut survenir après sa mort ².

2° Une autre distinction remarquable à faire entre la condition dans les actes entre-vifs et la condition dans les testaments, consiste dans l'admission ou le rejet de quelques unes d'entre elles, en considération de la nature des actes dans lesquels elles se trouvent.

On divise les conditions en potestatives, *promiscuæ*, et casuelles, *non promiscuæ*. Les premières consistent dans un

¹ L. 88, D., *De hered. instit.*, XXXVIII, 5.

² Une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien décide, en effet, que l'on peut instituer un *extraneus*, *etiam quum moreretur*, l'institution étant alors conditionnelle. (L. 9, C., *De hered. instit.*, VI, 24.) Nous savons au contraire que le legs fait *quum legatarius morietur* aurait sa *diei cessio* au jour de la mort du testateur.

fait ou une abstention dépendant de la volonté d'une façon plus ou moins absolue. Mais quelque peu considérable que soit la gêne qui résulte d'une telle condition, du moment qu'il s'agit bien d'un fait extérieur quelconque, il produit tous les effets d'une condition casuelle.

Il n'en est pas de même de la condition *si voluero, si volueris, si Titius voluerit*, qui remet la formation du contrat au *merum arbitrium* de l'une des parties ou d'un tiers. En effet, les Romains validaient sans hésitation dans les actes entre-vifs les conditions potestatives, soit de la part de l'une des parties, soit de la part d'un tiers, et les clauses pénales, qui étaient très usitées à Rome, n'étaient que des promesses sous une condition potestative de la part du débiteur. Au contraire, quelques difficultés étaient soulevées pour l'admission dans ces mêmes actes de la condition qui est remise au pur vouloir de l'une des parties ou d'un tiers. Pour la condition *si Titius voluerit*, apposée à une stipulation, ou à un contrat synallagmatique, après une controverse entre Sabinien et Proculien¹, elle finit par être validée, et Justinien consacra cette solution². Dans les stipulations, on validait la condition *si voluero* de la part du créancier, et on lui donnait généralement ce sens, que le créancier avait manifesté le désir d'être payé à sa première demande³. Mais elle pouvait aussi être regardée comme soumettant la formation du contrat à une manifestation postérieure expresse et personnelle de la volonté du créancier. Au contraire, la condition *si voluero* de la part du promettant annulait la stipulation⁴. Dans les con-

¹ *Gaius*, III, § 140.

² *Inst. Just.*, III, 23, § 1. — L. 15, C., *De contrah. emp.*, IV, 38.

³ L. 48, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1.

⁴ L. 17 et 46, § 3, *eod. tit.* Certains jurisconsultes avaient établi une distinction entre la clause *si volueris dari* et *quum volueris dari*. (L. 46, § 2, *eod. tit.*)

trats synallagmatiques, la condition *si voluero*, de la part de l'une des parties, laisse-t-elle produire quelque effet au contrat ? C'est là un point très discuté. Nous pensons que dans cet état, il y a un lien de droit du côté de la partie qui s'est engagée purement et simplement, son obligation existe ; il n'y en a aucun du côté de celui qui a traité *si voluero*. Le droit romain consacre cette théorie dans la vente *ad probationem* et *ad gustum* ¹, contrat qui ne présente pas une exception, mais bien la consécration d'une idée générale ².

Nous trouvons des règles différentes pour les dispositions testamentaires. Quant à la condition vraiment potestative imposée à l'institué ou au légataire, ou dépendant du fait d'un tiers, elle était validée sans difficulté, quelle que fût la facilité de l'accomplissement : elle produisait les effets d'une condition casuelle. Si cette condition dépendait du fait de celui à la charge de qui la disposition est mise, elle annule au contraire et ordinairement la disposition ; du moins, pendant la période classique, car on se trouve alors le plus souvent en face d'une disposition *nomine pœnæ*, qui est interdite avec la plus grande sévérité ³, comme faisant dépendre la disposition d'un autre sentiment que la bienveillance à l'égard de la personne que l'on gratifie sous condition. Le motif de cette interdiction repose donc sur une interprétation de volonté ; aussi, avant d'annuler la disposition, on devra examiner *an pœna*, *an conditio sit*, et on décidera *ex voluntate defuncti* ⁴. Justinien leva la

¹ *Inst. Just.*, III, 23, § 4. — L. 34, § 5, D., *De contrah. emp.*, XVIII, 1.

² Il arrive en dehors de ces cas, que le vendeur soit tenu de l'action *empti*, tandis que l'acheteur n'est pas tenu de l'action *venditi*. (*Instit. de empt. et vend.*, III, 23, § 5.)

³ *Instit. de leg.*, II, 20, § 36.

⁴ L. 2, D., *De his quæ pœn. causa vel*, XXXIV, 6.

prohibition des legs *nomine pœnæ*, et ne maintint leur nullité que dans le cas où la condition imposée était impossible, illicite ou immorale. Nous aurons plus tard à montrer comment cette décision s'écartait de la doctrine générale.

Quant aux conditions qui faisaient dépendre la disposition de la pure volonté d'une personne, on doit faire des distinctions. S'il s'agit de la condition *si institutus voluerit*, elle est *supervacua* si l'institué est un *heres extraneus* et ne produit aucun effet ; si l'institué est un *heres necessarius*, cette condition le place dans la position d'un héritier volontaire ¹. Si la disposition est un legs, la condition *si legatarius voluerit* produit l'effet d'une condition potestative ordinaire, en ce que la condition *personæ injuncta videtur* ² ; c'est-à-dire que d'ordinaire l'acceptation qui est nécessaire pour assurer au légataire le bénéfice du legs peut être faite par lui-même ou ses héritiers ; ici, au contraire, l'acceptation devra être faite par le légataire en personne, s'il veut jouir du legs et transmettre son droit à ses héritiers. Si la disposition est remise *ad merum arbitrium* du grevé, elle aurait dû être annulée comme la *stipulatio in arbitrium rei promittendi*. Cependant, les Romains, dans le but de faire produire le plus d'effet possible à la disposition testamentaire, avaient ici introduit des distinctions des plus subtiles et des moins rationnelles. Ainsi, *quanquam autem fideicommissum ita relictum non debeat : si volueris ; tamen si ita adscriptum fuerit ; si fueris arbitratus, si putaveris, si æstimaveris, si utile tibi fuerit visum, vel videbitur ; debebitur. Non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed*

¹ L. 12, D., *De condit. instit.*, XXVIII, 7. — L. 69, D., *De hered. instit.*, XXVIII, 5.

² L. 69, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 4.

quasi viro bono commissum relictum ¹. Dans les fidéicommiss de liberté, plus favorables que tous autres, on interprétait toujours la condition *si voluerit heres*, comme se rapportant à l'appréciation *boni viri*, et on doit admettre que l'on finit par reconnaître dans tous les cas la validité de la clause *si voluerit* imposée au grevé, par suite de la faveur dont étaient entourées les dispositions testamentaires.

Si la disposition dépend *ex mero arbitrio* d'un tiers, *vitiosa est, nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma oportere, non ex alieno arbitrio pendere* ². On ne peut, en effet, remettre à une tierce personne le droit de tester pour soi-même ; c'est là dénaturer et diminuer le prestige qui s'attache aux dernières volontés. Voilà pourquoi la condition *si Titius voluerit* annulait la disposition, tandis que la condition *si Titius in Capitolium ascenderit* la laissait valable, quelque facile que fût son accomplissement. Mais, du moins, la règle de la personnalité du droit de tester n'était pas ici ouvertement violée ; le principe était sauf, *expressa nocent, non expressa non nocent* ³. Nous remarquerons qu'Ulpien s'était élevé contre cette distinction qui ne reposait que sur des mots, et non sur des idées : il validait d'une façon générale la disposition *in aliena voluntate posita* : « *Quid enim interest, si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an si voluerit* ⁴ ? »

¹ L. 11, § 7, D., *De leg.* 3°, XXXII. — L. 75, *pr.*, D., *De leg.* 1°, XXX.

² L. 32, *pr.*, D., *De hered. instit.*, XXVIII, 5.

³ L. 52, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 4, — L. 68, D., *De hered. instit.*, XXVIII, 5.

⁴ L. 1, *pr.*, D., *De leg.* 2°, XXXI. — L. 43, § 2, D., *De leg.* 1°, XXX. — L. 46, § 2, D., *De fideicomm. libert.*, XL, 5.

§ 2.

Caractères constitutifs de la condition.

D'autres différences sont consacrées dans la théorie de la condition dans les actes entre-vifs et dans les dispositions testamentaires relativement à son accomplissement.

On peut dire que dans les actes entre-vifs, la condition pour donner naissance à l'obligation, doit être complètement accomplie de la manière et à l'époque indiquée, *ex sententia contrahentium* ¹. C'est là une règle générale, et il en résulte que si l'accomplissement de la condition vient à être empêché par un motif quelconque, dérivant de la nature ou du fait d'un tiers qui n'est pas intéressé à la voir défaillir, l'obligation ne prendra pas naissance, la propriété ne sera pas transférée ; si, en effet, dans les contrats, on cherche la solution des difficultés qui peuvent être soulevées dans l'interprétation de la volonté des parties, rien ne saurait prévaloir contre cette volonté clairement exprimée.

En matière de dispositions testamentaires, le principe qui sert à régler le mode d'accomplissement de la condition est le même ; mais l'interprétation qui peut, dans ces actes, se donner plus libre carrière, a fait admettre bien souvent des conséquences différentes ; nous en rappellerons quelques-unes.

Toute condition de donner ou de faire imposée à l'héritier ou au légataire, et qui suppose le concours d'un tiers, est réputée accomplie, dès que ce tiers, par son refus de se prêter à l'accomplissement de la condition, a rendu celui-ci impossible. Telles seraient les conditions : *si Titio decem dederit, si Titium adrogaverit, si Seiam uxorem*

¹ L. 115, § 2, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1.

duxerit ¹. Que Titius refuse de se laisser payer la somme convenue, de se laisser adroger, ou que Séia refuse le mariage qui lui est proposé, et la condition sera réputée accomplie. Il ne faudrait cependant pas prendre à la lettre ce motif qui se trouve indiqué par quelques-unes des lois citées : *quod per eum non stet quominus ducat, det, aut faciat*. Il semblerait, en effet, en résulter qu'un événement fortuit quelconque, ne dépendant pas du fait du bénéficiaire, venant à se produire, et rendant impossible l'accomplissement de la condition, celle-ci n'en devrait pas moins être réputée accomplie. Cela n'est exact que dans le cas où la liberté ayant été donnée sous la condition d'une prestation quelconque, celle-ci devient impossible par un fait indépendant de la volonté du *statuliber*. Et les textes ² ont bien soin de nous faire observer que cette décision n'avait été admise que *favore libertatis constituto jure*. Ces expressions nous indiquent que c'était là une exception, et qu'en règle générale, la mort du tiers intéressé au fait mis en condition, ou tout autre événement fortuit venant s'opposer à sa réalisation, amène la défaillance de la condition au préjudice du bénéficiaire.

Cependant cette proposition a été contestée, et l'opinion inverse qui voit même dans ce cas une condition qui doit être réputée accomplie, apporterait, si elle était établie, une nouvelle différence importante dans les règles sur le mode d'accomplissement des conditions. Mais cette théorie contredite formellement en matière de mariage par un texte très explicite et très précis d'Africain ³, conforme à

¹ L. 3, 11, 23, D., *De condit. instit.*, XXVIII, 7. — L. 5, § 5, D., *Quando dies legat.*, XXXVI, 2.

² LL. 20, § 3; 39, § 4, D., *De statulib.*, XL, 7. — L. 94, D., *De condit. et demonst.*, XXXV, 1.

³ L. 31, D., *De condit. et demonst.*, XXXV, 1.

l'ensemble de la doctrine, ne trouve aucun appui dans beaucoup de lois ¹ qui ont été opposées, et qui s'expliquent par des raisons particulières. La seule décision qui puisse paraître contredire formellement notre opinion : *Si servi mors impedisset manumissionem, quum tibi legatum esset si eum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum* ², est conçue d'une façon assez concise pour permettre de supposer que Pomponius a eu en vue un *modus*, clause qui empruntait souvent la forme de la condition et qui pouvait être réputée accomplie avec la plus grande facilité. Nous aurons à nous en expliquer, lorsque nous présenterons quelques observations sur cette modalité moins bien connue. Du reste, l'interprétation de la volonté du disposant, qui sert de base en cette matière, nous conduit bien à ces conséquences. En effet, autant il est probable que le refus du tiers de se prêter à l'accomplissement de la condition souvent imposée en sa faveur n'a pas été l'objet de ses prévisions, comme cause de défaillance possible de la condition, autant, au contraire, les simples cas fortuits doivent être considérés comme ayant été de sa part l'objet de calculs qui doivent les faire maintenir en compte pour donner à la disposition sa véritable valeur.

Dans les dispositions testamentaires, on ne doit pas être si scrupuleux sur la personne même qui doit recevoir la somme, objet de la condition : si elle a été exigée payable *pupillo furiosove*, on pourra valablement la verser *tutori vel curator*i, car la condition *ita recipi potest, si pecunia in rem pupilli vel furiosi versa est* ³. Il est inutile de dire

¹ L. 8, § 7, D., *De condit. instit.*, XXVIII, 7. — L. 28, pr., D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1. — L. 54, § 1, *De legat.* 1^o XXX.

² L. 54, § 2, *eod. tit.*

³ LL. 68, 96, § 7, D., *De solut.*, XLVI, 3.

que dans une stipulation où les termes employés font loi, une telle interprétation ne serait pas admise.

Quant au temps dans lequel la condition doit recevoir son accomplissement, nous retrouvons encore de nouvelles divergences entre les actes entre-vifs et les dispositions testamentaires. Nous savons que dans les contrats ordinaires, qui ne renferment pas l'*intuitus personæ*, la condition peut valablement s'accomplir après la mort de l'une des parties contractantes, et ce sont les héritiers de celle-ci qui recueillent alors les droits actifs ou passifs qui en résultent ¹. Dans les legs, au contraire, la condition pour donner ouverture au droit peut bien s'accomplir après la mort du grevé : *Si heres a quo sub conditione legatum est, pendente conditione moriatur, heredem suum obligatum relinquet* ² ; mais elle ne saurait s'accomplir utilement après la mort du légataire en vue duquel la disposition a été personnellement faite.

Autre différence : Dans les actes entre-vifs qui généralement sont destinés à produire leurs effets du jour même de leur formation, la condition ne saurait s'accomplir valablement avant cette formation. Dans ce cas, en effet, l'acte ne sera pas conditionnel, mais pur et simple, de même qu'il serait inexistant si cette condition avait défailli avant le même temps. Dans les dispositions testamentaires dont l'effet se produit régulièrement à la mort du disposant, les conditions *non promiscuæ* telles que celles-ci : *Si Titius consul fuerit, si navis ex Asia venerit*, peuvent valablement s'accomplir ou défaillir avant la mort du testateur, et la disposition n'en gardera pas moins son caractère condi-

¹ Rappelons cependant que dans l'ancien droit, le contrat eût été nul si la condition eût dû nécessairement s'accomplir *post mortem stipulantis*.

² L. 65, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1.

tionnel ¹. J'en tire cette conséquence, que notamment le *suus* institué sous une telle condition qui se serait accomplie avant la mort du testateur, n'en pourrait pas moins demander la nullité du testament, en vertu du principe que l'institution d'un *suus* n'admet que les conditions potestatives de la part de l'institué, à moins d'exhérédation sous la condition inverse ².

S'il s'était agi d'une condition *promiscua*, c'est-à-dire de celles qui, dépendant de la volonté d'un individu, sont ordinairement susceptibles de se répéter plusieurs fois, son accomplissement avant la mort du disposant eût été non avenu quant à l'acquisition du droit, et on exigeait sa répétition après la mort ; c'est ce qui résulte des textes.

Jusqu'ici, nous sommes arrivé à consacrer, en matière de testaments, des décisions plus larges que celles qui sont données pour les actes entre-vifs, nous allons trouver dans la matière qui nous occupe un cas où le respect de la volonté du défunt exige un accomplissement plus strict et plus rapide de la condition. En effet, dans les actes entre-vifs, le droit restera en suspens, tant que la personne dont le fait est mis en condition ne se sera pas décidée à l'accomplir ; et si un délai ne lui a pas été fixé, la condition ne sera juridiquement défaillie qu'au moment où il sera certain que la réalisation du fait ne se produira pas, c'est-à-dire généralement au jour de sa mort. Rien de semblable pour les legs ; ici le légataire doit, pour montrer sa soumission au désir manifesté par le disposant, accomplir le fait personnel qui lui a été ordonné, aussitôt que cela est en son pouvoir ³. Si, dès ce

¹ LL. 11, § 1 ; 2, D., *eod. tit.*

² L. 4, C., *De instit. et substit.*, VI, 25. — LL. 4, *pr.*, 86, *pr.*, D., *De hered. instit.*, XXVIII, 5.

³ L. 29, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1.

moment, il ne se met pas en mesure d'y satisfaire, la condition sera défaillie.

La règle, en ce qui regarde les institutions d'héritiers, n'était pas si formelle, mais les intéressés pouvaient intervenir auprès du prêteur, pour que celui-ci fixât un délai dans lequel l'institué aurait à accomplir la condition sous peine d'être déchu ¹.

S'il s'agissait d'une condition négative : *si in Capitolium non ascenderit*, aucune des distinctions que nous venons de présenter ne pouvant se justifier dans ses motifs, la règle générale reprenait tout son empire.

§ 3.

Effets de la condition.

D'autres différences touchent les effets de la condition. Ces effets sont examinés par les commentateurs en deux périodes distinctes : d'une part *pendente conditione* ; d'autre part, après que la condition est accomplie ou défaillie.

A. *La condition est pendante.* De même que les droits et obligations résultant d'un contrat conditionnel ne prennent naissance qu'au moment où la condition s'accomplit, de même, c'est encore à ce moment que se reporte le *dies cedens* du legs. C'est ce qui est confirmé par de nombreux textes ². Malgré l'établissement de ce principe commun, il s'en faut cependant beaucoup que la situation soit identique. Nous comparerons entre eux les contrats et les legs qui produisent un droit de créance.

¹ L. 23, § 1, D., *De hered. instit.*, XXVIII, 3.

² L. 213, D., *De verb. signif.*, L, 16. — L. 5, § 1 et 2, D., *Quando dies legat.*, XXXVI, 2.

Dans les contrats comme dans les legs, la chose venant à périr par cas fortuit, *pendente conditione*, l'obligation ne prendra pas naissance faute d'objet¹. *Stipulationes et legata conditionalia perimuntur si pendente conditione res extincta fuerit*. Si le créancier ou le débiteur vient à perdre sa personnalité juridique *pendente conditione*, par une *media* ou une *maxima capitis deminutio*, l'obligation ne peut se former, ne rencontrant plus la personne sur laquelle elle pourrait se reposer activement ou passivement. Les lois² ne parlent que du changement survenu dans la personne du débiteur, mais les mêmes motifs doivent faire étendre la solution, dans le cas où c'est le créancier qui disparaît sans laisser un continuateur de sa personne. Dans les contrats comme dans les legs, c'est à l'arrivée de la condition que l'on doit se placer pour examiner si l'objet de la disposition se trouve dans le *commercium creditoris*³. Nous ajoutons que l'action Paulienne ne peut pas plus être intentée contre le créancier qui a fait volontairement défaillir la condition qui devait donner naissance à son droit, que contre le légataire dans la même circonstance : celui-ci ne pouvant même pas être poursuivi en cas de répudiation d'un legs pur et simple. C'est que le légataire ne manque qu'une occasion de s'enrichir⁴.

Mais là s'arrête l'analogie complète de la situation résultant de l'absence de droit avant l'accomplissement de la condition. Ainsi, il n'est pas douteux que, dans les contrats conditionnels, le paiement effectué *pendente conditione*

¹ L. 8, D., *De peric. et comm. rei vendit.*, XVIII, 6.

² L. 14, § 1, D., *De novat. et deleg.*, XLVI, 2. — L. 5, *pr.*, D., *Ut legat. seu fidei. servand.*, XXXVI, 3.

³ Pour les contrats, L. 31, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1. — L. 61, D., *De cont. empt.*, XVIII, 1. Pour les legs, *Inst.*, § 32, *De legat.*, II, 20. — L. 41, § 2, D., *De legat.* 1^o, XXX.

⁴ L. 6, *pr.*, et § 1, D., *Quæ in fraud. creditor*, XLII, 8.

ne donne lieu à la répétition de l'indû par la *condictio indebiti*, jusqu'à l'arrivée de la condition ¹. S'il en est de même du legs, c'est seulement depuis la constitution de Justinien ², et encore doit-on excepter le paiement des legs *quæ sacrosanctis ecclesiis et cæteris venerabilibus locis... religionis, vel pietatis intuitu... derelicta sunt. Quæ si indebita solvantur, non repetuntur*. Mais avant cette constitution, l'exception avait une bien plus grande étendue, elle comprenait en effet le paiement de tout legs *per damnationem*, ayant pour objet un *certum* ³.

On reconnaît sans contestation que l'action intentée *pendente conditione* par le légataire ne peut aboutir à une condamnation, et que rien n'ayant été déduit *in iudicium*, on ne saurait lui opposer la maxime *bis de eadem re non sit actio*, lorsqu'il la renouvellera en temps utile. Cette conséquence n'est pas si certaine que les contrats ; la raison de douter se trouve dans les Institutes de Justinien, qui décident que la *plus petitio tempore* existe, *veluti si quis ante diem, vel ante conditionem petierit* ⁴. Mais nous ne pensons pas que ce texte, en ce qui concerne la condition, donne une règle générale : il ne se réfère que, *exempli causa*, à des cas rares dans lesquels, *ante conditionem*, il peut y avoir un véritable droit déduit *in iudicium* ⁵. Les lois du Digeste ne contiennent aucune règle de ce genre ⁶.

¹ L. 16, D., *De condict. indeb.*, XII, 6.

² *Inst. Just.*, § 7, *De oblig. quasi ex contract.*, III, 27. — L. 2, C., *Comm. de legat.*, VI, 43.

³ GAIUS, *Comm.*, II, § 283. V. aussi *Inst. Just.*, *loc. cit.* C'est que l'action *ex testamento* donnée pour l'exécution d'un legs *per damnationem* est de celles *quæ inficiando crescebant in duplum*. V. ACCARIAS, *Précis de dr. rom.*, II, § 659, 3^o, p. 589, n. 2.

⁴ § 33, *De act.* IV, 6.

⁵ L. 36, D., *De reb. cred.*, XII, 1.

⁶ L. 43, § 9, *De ædilit. edict.*, XXI, 1. — L. 43, § 5, D., *De pign. et hypoth.*, XX, 1.

Si, *pendente conditione*, le droit n'existe pas encore, les jurisconsultes reconnaissent néanmoins dans le patrimoine de celui qui doit le recueillir une valeur particulière qu'ils ont appelée la *spes debitum iri* ¹. Mais cette espérance est loin de posséder la même importance pour le légataire et le créancier en vertu d'un contrat. Ulpien déclare que ce dernier seul mérite dès ce moment le nom de *creditor* ².

Nous savons déjà que cette *spes* n'était pas transmissible activement aux héritiers du légataire, alors que dans les contrats elle passe activement et passivement aux représentants du créancier et du débiteur. En outre, le créancier contractuel a pu, dès le moment du contrat, exiger des garanties qui font défaut au légataire. La créance conditionnelle n'est pas négligée dans le calcul de la quarte Falcidie ³, ni dans celui des quartes légitime ou Antonine faites à son image, ni pour la quarte Pégasienne. Le créancier *sub conditione* peut, comme celui *ex die*, demander la *separatio bonorum* ⁴; il peut aussi, même avant l'arrivée de la condition, attaquer les affranchissements faits *in fraudem creditorum* ⁵. Aucun de ces droits n'appartient au légataire conditionnel. La dernière loi citée nous en fournit le motif, *nam antequam conditio extiterit, inter creditores, legatarius iste non habetur*.

Mais le droit du légataire, bien que moins énergique que celui du créancier, forme plus dans son patrimoine qu'une simple espérance. Notamment, il a le droit d'exiger de l'héritier la *cautio legatorum*, stipulation prétorienne

¹ *Inst. Just.*, § 4, *De verb. oblig.*, III, 15.

² L. 42, *pr.*, D., *De oblig. et act.*, XLIV, 7.

³ L. 73, § 1, D., *Ad leg. Falcid.*, XXXV, 2.

⁴ L. 4, *pr.*, D., *De separ.*, XLII, 6.

⁵ L. 27, *pr.*, D., *Qui et a quibus manum.*, XL, 9.

accompagnée de *satisfactio* qui a pour effet d'éviter au légataire la chance d'un procès ou de l'insolvabilité de l'héritier ; aussi ne pouvait-elle être exigée dans le cas où le legs, pour être exécuté, ne rendait aucune action nécessaire ¹. Le promettant était de plein droit déchargé si la mort ou le changement d'état du légataire survenaient avant l'arrivée de la condition. A défaut d'obtenir la *cautio legatorum*, le légataire peut *in possessionem bonorum venire*, selon l'édit du prêteur, à titre purement conservatoire. Le légataire acquiert ainsi une garantie effective qui a été refusée au créancier conditionnel contractuel par beaucoup d'interprètes. Ceux-ci s'appuient sur des textes formels de Paul et d'Ulpien ². Mais outre que Paul lui-même décide la question en sens contraire dans un autre passage ³, nous pensons que ces textes ne doivent pas être étendus d'une façon absolue, ni dans un sens ni dans l'autre, mais bien que l'on doit distinguer entre les différents cas de *missio in possessionem* énoncés par Gaius ⁴. Cet envoi en possession impossible pour le créancier conditionnel par exemple, *ex causa judicati, vel eorum qui fraudationis causa latitant*, pourrait bien exister sur les biens *eorum quibus certum est neque heredes, neque bonorum possessores, neque ullum alium justum successorem existere*.

Il est une autre conséquence de la *spes debitum iri* qui appartient au légataire, et par laquelle celui-ci peut être considéré comme bien plus favorisé que le créancier ; nous voulons parler de la *caution mucienne*, dans tous les cas où elle est possible.

¹ Tel serait le legs de libération. Sur cette *cautio legatorum*, voir le tit. *Ut leg. fideicom. serv.*, D., XXXVI, 3.

² L. 14, § 2 et 7, § 14, D., *Quibus ex caus. poss.*, XLII, 4.

³ L. 6, *pr.*, *cod. tit.*

⁴ *Comm.*, III, § 78.

Si le legs est fait sous une condition négative potestative de la part du légataire, et dont l'accomplissement ne soit certain qu'à la mort de ce dernier, ou sous toute autre condition équivalente ¹, le légataire peut, en fournissant une *satisfactio* à la personne qui doit recueillir le legs en cas de défaillance de la condition, obtenir immédiatement la délivrance de la chose léguée ². Si le préteur n'avait pas admis ce tempérament aux principes de la condition, le legs, bien que valable, puisque la condition s'accomplit à la mort même du légataire, n'eût profité en fait qu'aux héritiers de ce dernier. C'était là un résultat contraire à la volonté présumée du défunt ; une interprétation aussi libre n'était pas permise dans les contrats. C'est encore cette volonté présumée qui a fait étendre la caution mucienne à des cas qui auraient dû lui rester étrangers ³. Cette caution, exigée du légataire, l'était également de l'héritier institué sous les mêmes conditions. Elle était, en effet, encore plus nécessaire ici, où l'héritier tenu, pour transmettre ses droits, de l'obligation de faire adition, n'aurait pu le faire qu'au moment où la condition s'accomplissait, c'est-à-dire à sa mort même, ce qui était impossible pratiquement.

La caution mucienne était due par l'institué à ses cohéritiers ou au substitué, mais jamais aux héritiers ab intestat. Si c'étaient ceux-ci qui devaient recueillir l'hérédité à son défaut, la condition potestative négative jointe à l'institution était réputée non écrite comme impossible ⁴, selon la règle que nous aurons à présenter ultérieurement.

¹ Par exemple celle d'un fait positif qui devait se réitérer chaque jour de la vie du légataire.

La loi 73, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1, pose le principe. V. aussi les lois 18, 67, 106, *eod. tit.*

³ L. 72, *pr.*, et § 1. — L. 7, *eod. tit.*

⁴ L. 4, § 1, D., *De condit. instit.*, XXVIII, 7.

Mais, d'un autre côté, le droit provenant d'un legs conditionnel *pendente conditione* peut, comme celui résultant d'un contrat conditionnel, être l'objet d'une stipulation *novandi causa*, qui ne produira son effet qu'au jour de la condition. Si celle-ci vient à défaillir, *durat prior obligatio* ¹. Ce même droit peut être garanti par une fidéjussion ou une hypothèque. La possibilité d'une fidéjussion ne présente rien d'extraordinaire, puisqu'elle peut intervenir pour une obligation simplement future ²; et elle est formellement supposée par Ulpien en cas de legs ³. Pour les mêmes motifs, l'hypothèque est admise et prend même son rang du jour où elle est constituée, mais à la condition toutefois que la condition ne dépende pas uniquement de la volonté du débiteur. Fidéjussion ou hypothèque ne sont destinées à produire d'effets qu'au jour de l'arrivée de la condition.

Nous n'avons aucune différence à signaler entre les effets produits *pendente conditione* par le legs *per vindicationem* et les actes entre-vifs translatifs de propriété. Dans ce cas, l'héritier comme le *tradens* restent réellement propriétaires de la chose léguée ou livrée, libres d'en disposer, mais toutefois sous la même condition qui affecte le legs ou la tradition ⁴: les effets de ces actes devant cesser de plein droit au jour de l'accomplissement de la condition. Il n'y a que ceux auxquels on attache un caractère d'irrévocabilité qui leur soient interdits ⁵; et c'est là la seule atteinte portée à leurs droits de propriétaires *pendente conditione*.

Relativement à l'institution d'héritiers, on sait que *pen-*

¹ GAIUS, *Comm.*, III, § 179. — L. 8, § 1, D., *De nov. et deleg.*, XLVI, 2.

² L. 6, § 2, D., *De fidejuss.*, XLVI, 1.

³ L. 13, § 8, D., *De acceptit*, XLVI, 4.

⁴ L. 12, § 2, D., *Famil. ercisc.*, X, 2. — 66, D., *De rei vindic.*, VI, 1. — 2, *pr.*, D., *De statulib.*, XL, 7. — 13, § 1, D., *De pign. et hypoth.*, XX, 1.

⁵ L. 11, D., *De manumiss.*, XL, 1. — 34, D., *De religiosis*, XI, 7.

dente conditione, l'hérédité est jacente; elle n'aura de maître qu'à l'arrivée de la condition. Avant ce moment, l'institué est donc sans droit, sauf ce qui a été dit de la possibilité de fournir la caution mucienne ¹.

B. *La condition est accomplie ou défaillie*. — C'est dans cette période que nous trouvons une différence complète entre les effets de la condition dans les contrats et les legs qui produisent des obligations.

Dans les contrats, la condition une fois accomplie rétroagit, c'est-à-dire que l'obligation, maintenant née, est regardée comme existant du jour de leur formation.

Il en résulte : 1° Si le créancier est une personne *alieni juris*, le droit sera acquis au *paterfamilias* ou au maître sous la puissance duquel elle se trouvait au moment du contrat, sans avoir égard aux changements d'état qui ont pu survenir depuis ². Ainsi l'enfant émancipé appelé avec ses frères et sœurs demeurés *in potestate* à la succession paternelle, et tenu en cette circonstance à la *collatio bonorum*, devra rapporter la créance conditionnelle qui, ayant été stipulée *vivo patre*, a été rétroactivement acquise à celui-ci ³. 2° Il est possible qu'une créance conditionnelle soit éteinte par une acceptilation qui s'est produite *pendente conditione*, sous la même condition tacite que celle qui affectait la créance à éteindre; et, pour que cet effet puisse se produire, il faut bien que l'obligation soit regardée comme existante, au moins fictivement, au jour de cette acceptilation ⁴, car *non tamen reus antiquiore acceptilatione quam obligatio ejus est liberari potuit*. 3° Le créancier

¹ L'institution conditionnelle par elle-même peut produire certains effets, notamment révoquer un testament antérieur.

² L. 78, pr., D., *De verb. oblig.*, XLV, 1.

³ L. 2, § 3, D., *De coll.*, XXXVII, 6.

⁴ L. 12, D., *De acceptil.*, XLVI, 4. — L. 16, D., *De solut.*, XLVI, 3. — L. 13, § 9, D., *De acceptil.*

peut attaquer, après l'arrivée de la condition, les actes faits par le débiteur en fraude de ses droits avant cette époque, ce qu'il ne pourrait pas si son droit n'était pas supposé pré-existant ¹.

Dans les legs au contraire, la condition ne rétroagit pas, et de là, trois conséquences absolument inverses de celles qui viennent d'être présentées. Ces solutions sont consacrées par les textes. Le bénéfice du legs est acquis à celui qui a autorité sur la personne *alieni juris* bénéficiaire au moment de l'arrivée de la condition, ou à cette personne elle-même, si elle est devenue *sui juris* ². Il en peut donc résulter que le bénéfice de l'hypothèque ou de la fidéjussion qui garantit le legs et qui produit ses effets *ab initio* appartienne à une personne, et le legs lui-même à une autre ³. Je renvoie au texte pour les autres conséquences de la non-rétroactivité de la condition dans les legs *per damnationem* ⁴.

Pourquoi cette différence entre les contrats et les legs productifs d'obligation ? Si dans les premiers la condition rétroagit, c'est là, on peut le dire, un hommage rendu aux principes du droit pur oubliés un instant, lorsque l'on décide sans commentaire que le droit ne naît qu'à l'arrivée de la condition. Oui, la rétroactivité est une fiction, nous le concédons, au point de vue extérieur et pratique, assurément bien digne des préoccupations du jurisconsulte ; il est vrai, en effet, que ce n'est qu'à l'arrivée de la condition que le droit se manifestera, prendra le corps, la forme, qui lui permettront d'apparaître dans la vie juridique, et

¹ L. 27, D., *Qui et a quibus man.*, XL, 9, déjà citée.

² L. 14, § 3, D., *Quand. dies legat.*, XXXVI, 2.

³ L. 28, D., *De pign. et hypoth.*, XX, 1.

⁴ L. 13, § 8, D., *De acceptil.*, XLVI, 4. — L. 2, § 3, D., *De coll.*, XXXVII, 6, — L. 27, D., *Qui et a quibus man.*, XL, 9.

d'y être avec intérêt l'objet de quelque étude. Mais le germe du droit n'est-il pas dans la volonté des parties; sans elle que pourrait la condition? Ce germe périra peut-être, si l'événement ne vient pas le féconder, mais quelles que soient les vicissitudes auxquelles soit soumis son développement, n'est-il pas déjà la première racine du droit, le droit lui-même? La rétroactivité a donc bien une base sérieuse et logique; si elle n'est pas complètement fiction, elle n'est pas davantage l'unique conséquence de l'interprétation de la volonté: souvent, en effet, elle va formellement à l'encontre de cette volonté ¹. Si, au contraire, dans les legs, cette rétroactivité n'a pas lieu, n'est-ce pas une conséquence de cette idée, que la disposition, pouvant ne pas produire d'effet, même en cas de réalisation de la condition, n'étant pas par conséquent si parfaite qu'un contrat, une stipulation par exemple, on ne s'est pas donné la peine de corriger les résultats de cette exagération juridique, qui reporte à la condition la naissance du droit?

La condition accomplie dans le cas d'une institution conditionnelle ne rétroagit pas: la délation de l'hérédité ne remonte jamais à une date antérieure à celle de la condition. La maxime que semble poser le jurisconsulte Florentinus: *heres quandocumque adeundo hereditatem, jam tunc a morte defuncti successisse intelligitur* ², contredite par d'autres règles certaines: *hereditas non heredis personam sed defuncti sustinet; hereditas personæ vice fungitur* ³, et toutes les conséquences de l'hérédité jacente, ne s'applique qu'au cas où un *servus hereditarius* a stipulé expressément *heredi futuro* ⁴.

¹ L. 40, D., *De stip. serv.*, XLV, 3.

² L. 26, D., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1.

³ L. 34, D., *eod. tit.* — L. 22, D., *De fideijuss.*, XLVI, 1.

⁴ L. 28, § 4, D., *De stip. serv.*, XLV, 3.

Quant au legs *per vindicationem*, la condition n'y produit pas d'effet rétroactif, mais il n'y a là aucune différence à signaler : la condition ne rétroagissant pas dans les actes entre-vifs translatifs de propriété ou d'autres droit réels.

C'est, en effet, à tort que l'on a attribué à la rétroactivité la cessation au jour de la condition des droits conférés sur la chose par le *tradens* ou l'héritier au moment où la condition était encore pendante : ce n'est là, en effet, qu'une simple application du principe : *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. Il n'y avait qu'un seul cas où la condition dans un contrat de cette nature produisait un effet rétroactif, et cet effet avait été reconnu pour se conformer à la volonté des parties : c'est celui de la donation *mortis causa inter virum et uxorem* ¹, pour laquelle les époux ne pouvaient employer la livraison immédiate sous la condition résolutoire du prédécès du donataire.

Certains interprètes seraient d'avis de donner au créancier contractuel le droit aux fruits produits par la chose jusqu'à l'arrivée de la condition, alors que le légataire en serait certainement privé ². Mais cette prétention ne saurait être admise, le contrat devant être regardé après la condition survenue, comme fait dès le début, sous un terme incertain. On ne peut pas nier, en effet, que la volonté des parties n'ait reporté au jour de la condition au moins l'exécution du contrat. Les fruits ne sont donc pas plus dus que dans le cas de contrat *ex die*.

¹ L. 40, D., *De mort. causa donat.* XXXIX, 6.

² L. 88, § 3. — L. 73, § 4, D., *Ad leg. Falcid.*, XXXV, 2. — GAIUS, *Comm.*, II, § 280.



CHAPITRE II.

DES CONDITIONS IMPOSSIBLES, ILLICITES ET IMMORALES DANS LES ACTES DE DISPOSITION ENTRE-VIFS OU TESTAMENTAIRES.

Pour ne pas interrompre la marche de nos développements, nous indiquerons d'abord la différence des effets produits par ces conditions dans les actes entre-vifs ou les dispositions testamentaires. Dans une seconde section, nous rechercherons quelles sont les clauses qui, sous le nom de conditions impossibles, illicites et immorales, sont susceptibles de produire ces effets ; et nous donnerons quelques développements relatifs à celles qui se présentaient le plus souvent dans la pratique ou sur lesquelles des difficultés avaient pu s'élever quant à leur appréciation. Enfin, dans une dernière section, nous réunirons nos explications sur les charges et la condition résolutoire, commentaire qui n'aurait pu trouver place dans le cours de notre étude sans y introduire de trop nombreuses coupures.

SECTION I^{re}.

Des effets des conditions impossibles, illicites & immorales dans les dispositions entre-vifs ou testamentaires.

Nous touchons ici à une dernière différence qui sépare la condition dans les actes entre-vifs et dans les dispositions

à cause de mort : les conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs, annulent les premiers, elles sont au contraire rejetées et réputées non écrites dans les secondes.

§ 1^{er}.

Etablissement de la règle.

La règle, en ce qui concerne les actes entre-vifs, avait été admise sans difficulté : de nombreux textes l'affirment, en parlant de la stipulation : *Sub impossibili conditione factam stipulationem constat inutilem esse* ¹. Mais ce que la plupart des textes se bornent à dire de la stipulation doit sans aucun doute être étendu à tous les autres contrats, *veluti emptiones, locationes...*, et ce dernier texte nous en donne la raison : *Quia in ea re quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur; quorum procul dubio, in hujusmodi actu, talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciunt esse impossibilem* ². Le jurisconsulte Mæcianus décide donc, et avec raison, à notre avis, que si du consentement de tous ceux qui sont intervenus au contrat, il a été apposé une condition impossible, c'est qu'en réalité on n'a voulu faire rien de sérieux ; autrement la partie intéressée au contrat n'eût certainement pas laissé intervenir une telle clause.

Les textes relatifs aux conditions *contra leges, vel turpes*, ne font pas non plus défaut, mais on ne doit pas ici donner la même raison de la nullité du contrat. S'il est nul, c'est que la condition rend le contrat lui-même illicite ou immoral, or, *generaliter novimus turpes stipu-*

¹ L. 1, § 11, D., *De oblig. et act.*, XLIV, 7. — L. 9, § 6, D., *De reb. credit.*, XII, 1. — GAIUS, *Comm.*, III, § 98.

L. 31, D., *De oblig. et act.*, XLIV, 7.

lationes nullius esse momenti ¹, « *item quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio* ². » C'est que la loi ne saurait consacrer de tels engagements, leur accorder une garantie quelconque d'exécution : *et officio quoque prætoris continetur ex hujusmodi obligationibus actionem denegari* ³. »

Quant aux effets de ces mêmes conditions dans les actes à cause de mort, il n'a pas été admis sans difficultés qu'elles devaient être rejetées. La solution n'en est pas moins certaine. Justinien le déclare sans hésitation : *Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, necnon fideicommissis et libertatibus, pro non scripta habetur* ⁴, et Paul pour les conditions illicites et immorales : *Conditiones contra leges et decreta principum, vel bonos mores adscriptæ nullius momenti sunt* ⁵.

Mais d'autres textes portent la trace de controverses qui avaient existé à ce sujet entre les deux écoles. Ulpien s'exprime ainsi : *Obtinuit impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas* ⁶. Gaius est encore plus explicite : *Sed legatum sub impossibili conditione relictum, nostri præceptores proinde valere putant, ac si ea conditio adjecta non esset. Diversæ scholæ auctores non minus legatum inutile existimant quam stipulationem; et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest* ⁷. Les Sabinien étaient donc en lutte avec les Proculien à ce sujet, et reconnais-

¹ L. 26, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1.

² L. 35, § 1, *eod. tit.*

³ L. 27, *pr.*, *eod. tit.* — LL. 123, 61, *eod. tit.* — L. 6, C., *De pactis*, II, 3.
— L. 4, C., *De inutil. stipul.*, VIII, 39.

⁴ *Inst.*, § 10, *De hered. instit.*, II, 14.

⁵ *Sent.*, III, tit. 4, B, § 2.

⁶ L. 3, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1.

⁷ *Comm.*, III, § 98.

saient que l'opinion de leurs adversaires pouvait bien être la plus rationnelle. Mais quelles étaient donc les raisons de douter ?

Les lois ne nous les indiquent pas, mais elles peuvent facilement être supposées. Si le testateur a adjoint à sa disposition une condition impossible, n'est-ce pas qu'il n'a voulu rien faire de sérieux ? Pourquoi donner ici à la volonté une interprétation différente de celle qu'elle reçoit dans les contrats ?

S'il a mis à sa disposition une condition contraire aux lois ou aux mœurs, le droit peut-il intervenir pour sanctionner une disposition qui porte en elle-même un vice irréparable, et qui, du reste, est indivisible ? Mais, dans ce dernier cas du moins, le *de cuius* a manifesté évidemment son intention sérieuse de disposer ; et à la suite de la nullité de son testament, voilà la succession *ab intestat* qui va s'ouvrir, contrairement à sa volonté. Ce citoyen sera ainsi privé du droit auquel il tient le plus, comme étant un attribut essentiel de l'autorité du *paterfamilias*. N'oublions pas que le testament à Rome est une institution politique aussi bien que civile et religieuse. L'institution n'est-elle pas le fondement et la base du testament ? Si le *de cuius* veut nommer un tuteur à ses enfants, laisser à une personne la moindre libéralité en reconnaissance de services rendus, affranchir un esclave, remettre entre les mains d'une personne de confiance les *sacra privata*, le culte de ses ancêtres, sans qu'elle puisse s'en décharger entre les mains d'un indifférent ; ne doit-il pas faire une institution ? Le besoin du testament n'a-t-il pas suffi pour faire établir la substitution pupillaire ? Les résultats auxquels on aboutit en appliquant les principes stricts du droit, en annulant l'institution, ne dépassent-ils pas le but que l'on a voulu atteindre : le respect de la loi et des mœurs ?

N'arrive-t-on pas, en anéantissant le testament, à consacrer un mal plus grand encore ?

Ce sont ces réflexions qui ont dû faire décider que dans ce cas le testament subsisterait, et on a fait de même pour les conditions impossibles, car il s'agit d'un acte tellement grave, que l'on ne peut supposer chez le disposant l'intention de faire une plaisanterie.

Cette idée de transaction avec les principes du droit, en face de ce sentiment de répugnance si inné et si puissant à Rome pour la succession ab intestat, avait paru si naturelle, que jamais il n'y eut aucune difficulté à effacer, dans l'institution d'héritier, la condition impossible ou immorale. Sur ce point, les deux écoles étaient d'accord.

Labéon, chef de l'école proculienne, déclare que si une femme institue son mari sous la condition : *Si eam pecuniam quam doti promisisset, neque petisset, neque exigisset*, et qu'il fût seul héritier, cette condition étant impossible, le mari devenant à la fois créancier et débiteur. *Statim eum heredem futurum, quia ἀδύνατος, id est impossibilis conditio pro non scripta accipienda est* ¹. D'autre part, Pomponius, examinant si dans le cas d'une institution faite *si filia et mater mea vivant*, l'une de ces deux personnes étant déjà morte, on doit regarder l'institution comme nulle, par suite de la défaillance de la condition, répond : *Non defici conditione, idem est apud Labeonem scriptum. Sabinus quoque et Cassius quasi impossibiles eas conditiones in testamento positas, pro non scriptis esse : quæ sententia admittenda est* ². Les Sabinien sont donc ici du même avis.

Cette dérogation aux principes était atténuée par une

¹ L. 20, pr., D., De condit. instit., XXVIII, 7.

² L. 6, § 1, D., De condit. et demonst., XXXV, 1.

autre considération tirée de la même idée : l'importance du testament. En effet, s'il est de l'intérêt de la cité que le *paterfamilias* désigne la personne qui sera chargée après lui du gouvernement de son patrimoine, de l'exercice de son culte domestique, la société n'a pas moins d'intérêt à ce que ce choix soit fait d'une façon éclairée ; aussi le fou ne peut-il jamais faire un testament valable. Mais la condition impossible, illicite ou immorale, n'est-elle pas souvent un indice de folie au moment même de la disposition ?

C'est là la question que les héritiers exclus auront toujours le droit de faire résoudre à l'effet de faire prononcer la nullité de l'institution si leur réclamation s'appuie sur des bases sérieuses. Modestin, à ce sujet, est très explicite : *Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali conditione : si reliquias ejus in mare abjiciat ; c'était là une condition non seulement ridicule, mais surtout contraire aux mœurs, étant donné le respect des Romains pour les morts : Quærebatur, cum heres institutus conditioni non parvisset, an expellendus est ab hereditate ? Modestinus respondit : Laudandus est magis quam accusandus heres qui reliquias testatoris non in mare, secundum ipsius voluntatem abjecit, sed memoria humanæ conditionis sepulturæ tradidit. Sed hoc prius inspiciendum est, ne homo qui talem conditionem posuit, neque compos mentis esset. Igitur si perspicuis rationibus hæc suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi* ¹. Ce texte semble même indiquer que l'on devra ordinairement partir de ce point que le testateur n'était pas sain d'esprit.

De cette manière se trouveront annulées la plupart des institutions faites sous une condition dont l'impossibilité

¹ L. 27, pr., D., De condit. instit., XXVIII, 7.

ou l'immoralité seraient manifestes. Resteront celles dont le caractère sera plus douteux, et alors il n'y aura plus grand inconvénient à les effacer purement et simplement, car le testateur, s'il était présent, viendrait peut-être démontrer que dans son esprit la condition ne présentait rien d'impossible, d'illicite ou d'immoral. La suppression de cette condition, dont le maintien eût été douteux si son caractère eût été véritablement connu, venant alors se comparer à l'intérêt qui s'attache à l'existence de l'héritier testamentaire, la question était résolue d'avance : le testament devait être maintenu.

Cette théorie, étant données les mœurs des Romains, ne présentait donc rien que de très rationnel. Elle repose uniquement sur leur répugnance à mourir ab intestat, et aussi sur cette interprétation de volonté : que le testateur a peut-être méconnu le caractère de la condition, et eût préféré l'effacer plutôt que de renoncer à son institution.

Cette interprétation, large de volonté, trouve naturellement son application dans les testaments où il s'agit d'actes émanant d'une personne peut-être peu instruite, et dans tous les cas livrée à sa seule inspiration. Néanmoins, remarquons de suite que les Romains ne poussaient pas au delà de justes limites ce principe d'interprétation qui, trop étendu, eût abouti nécessairement à l'arbitraire.

Il fallait non seulement, pour que l'institution fût maintenue, que le testateur eût manifesté d'une manière quelque peu sérieuse son désir de gratifier et d'honorer une personne en lui donnant le titre d'héritier ; il fallait encore que la vocation d'un individu déterminé ne fût pas douteuse.

En voici un exemple : *Si Titius heres erit, Seius heres esto ; si Seius heres erit, Titius heres esto : Julianus inutilem esse institutionem scribit, cum conditio existere non*

possit ¹. Il est impossible de déterminer dans ce cas quel est celui que l'on a voulu instituer, ou même si l'on a voulu instituer l'un ou l'autre. Il n'y a dans cette loi qu'une application d'un principe plus général : *Ubi pugnancia inter se in testamento juberentur, neutrum ratum est* ². C'était la logique qui commandait ce résultat, et il n'est pas étonnant que l'institution d'héritier y eût été soumise elle-même. Nous rencontrerons d'autres exemples analogues relatifs aux legs.

De tout ce qui a été dit relativement aux conditions impossibles et illicites dans l'institution d'héritier, on peut conclure que l'on ne doit pas faire entrer en ligne de compte l'idée à laquelle certains commentateurs ont attaché tant d'importance, et qui consiste à voir dans la suppression pure et simple de la condition un témoignage rendu à l'institué qui ne doit pas souffrir de l'irréflexion ou de l'immoralité d'un testateur dont il n'a pas été le complice. Cette idée, en effet, a dû rester complètement étrangère aux juriconsultes romains. Disons de suite qu'elle ne peut servir non plus à l'explication du droit relatif aux legs, car dans l'un et l'autre cas, les héritiers *ab intestat* ou l'héritier institué pourraient également, et avec bien plus de raison encore, se prévaloir de cette objection que l'on prête à l'institué ou au légataire, et dire qu'eux aussi n'ont participé ni à la fraude ni à l'immoralité.

Etant donné que c'est uniquement par faveur pour la succession testamentaire que les conditions impossibles, illicites ou immorales étaient effacées dans les institutions d'héritier, on aurait dû admettre la règle contraire, revenir à la solution du droit pur pour les legs. Plus, en effet, ceux-

¹ L. 16, D., *De condit. instit.*, XXVIII, 7.

² L. 188, *pr.*, D., *De div. reg. jur.*, L. 17.

ci sont nombreux et ont de chance d'être maintenus, plus aussi l'institué perd, et par suite est porté à abandonner l'hérédité. C'était là une conséquence rationnelle, et c'est aussi sur ce point que la division des deux écoles avait commencé.

Les Proculiens soutenaient la nullité des legs ; les Sabiniens sollicitaient l'extension aux legs de la doctrine admise pour l'institution d'héritier ; et ce furent les Sabiniens qui triomphèrent.

Quel est le motif de cette doctrine ? Gaius lui-même nous a annoncé qu'il n'était pas bien décisif. Je crois qu'on doit se baser uniquement sur cette habitude : *In testamentis, plenius voluntates testantium interpretantur* ¹. Le disposant doit être considéré comme ayant voulu, avant tout, faire une libéralité : c'est cette présomption de volonté qui doit diriger l'interprétation, mais encore faut-il qu'elle ait quelque apparence d'exactitude. Ainsi : *Non est statuliber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore, is qui manumissus est, vivere non possit ; aut si tam difficilem, imo pene impossibilem conditionem adjecerit, ut aliunde ea libertas obtingere non possit ; veluti si heredi millies dedisset, aut cum moreretur, liberum esse jussisset ; sic enim libertas inutiliter datur : et ita Julianus scribit : quia nec animus dandæ libertatis est* ².

Quelquefois on n'a pas fait de distinction entre ce cas et celui d'une institution de l'esclave sous la même condition, laissant par là à penser que l'institution elle-même serait nulle. Pour nous, nous pensons que cette décision doit, avec les textes, être restreinte aux legs. En effet, s'il

¹ L. 12, D., *De div. reg. jur.*, L. 17.

² L. 4, § 1, D., *De statulib.*, XL, 7.

s'agissait de l'institution de l'esclave, ne se trouverait-on pas dans le cas où le citoyen romain avait le plus grand intérêt au maintien de l'institution, afin de laisser en cas d'insolvabilité un *heres necessarius*, qui ne pouvant répudier l'hérédité, subira, en son nom propre, la *bonorum venditio*. C'est donc surtout pour cette hypothèse que la règle qui rejette purement et simplement la condition présente sa plus grande utilité : c'est aussi pour elle qu'elle devait être admise avec le moins de difficulté. Du reste, le droit établi par la loi *Ælia Sentia* fléchissait aussi, pour éviter au maître le déshonneur de la *bonorum venditio*.

D'autres textes confirment cette exception en vertu de laquelle le legs de liberté fait sous certaines conditions est annulé comme n'étant pas sérieux ¹, et montrent combien les jurisconsultes romains avaient souci de ne pas s'écarter de la volonté probable du défunt qui a pu se servir de ces conditions, *impediendæ magis quam dandæ libertatis gratia*. Pomponius va même jusqu'à décider : *Si ita sit scriptum : Stichus si in Capitolium non ascenderit, liber esto : nullius momenti hoc esse, si apparet in ultimum vitæ tempus conferri libertatem voluisse ; nec mucianæ cautioni locum esse*.

La règle touchant les effets des conditions impossibles, illicites ou immorales dans les institutions d'héritiers était très ancienne, puisqu'elle est consacrée par Servius Sulpicius ², contemporain de Cicéron : nous avons du reste montré que cette règle s'imposait naturellement. La théorie s'est-elle introduite en même temps pour les legs ? N'est-ce que plus tard, du temps de Proculus, que l'on aurait voulu re-

¹ L. 17, pr. — L. 61, pr., D., *De man. testam.*, XL, 4.

² L. 45, D., *De hered. instit.*, XXVIII, 5.

venir, en ce qui les concerne, aux principes du droit ¹, et que les Proculiens auraient rencontré de la résistance ? Nous ne le pensons pas, l'absence de motifs sérieux pour appliquer la règle aux legs nous fait incliner à croire que c'est aux Sabinieniens que doit être rapportée la tentative d'assimilation des legs à l'institution d'héritier, innovation qui réussit à triompher avant même la période du droit classique.

§ 2.

Application de la règle aux actes à titre gratuit.

Il nous reste, pour terminer l'étude des effets des conditions impossibles, illicites et immorales, à appliquer les règles que nous venons d'établir aux différents actes de disposition à titre gratuit d'une façon particulière, car ce sont eux que nous avons spécialement en vue dans cette étude.

Point de doute en ce qui concerne la donation entre-vifs, qui soit au moment où elle n'est par elle-même qu'une *justa causa* et où elle emprunte la forme des autres contrats (dation, obligation *verbis*, *litteris*, acceptilation, pacte *de non petendo*, délégation), avant et après la loi *Cincia*, soit depuis l'époque où par suite de progrès successifs inaugurés par Antonin le Pieux, la convention de donner devint obligatoire par elle-même, écrite ou non écrite, et fut sanctionnée par une *condictio ex lege* ². Evidemment là on décidait que la condition impossible, illicite ou immorale, annulait le contrat.

Nous devons cependant faire remarquer que la question ne pouvait pas se poser dans tous les cas où l'on avait contracté sous la forme d'un *actus legitimus* qui, on le sait,

¹ L. 58, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1.

² *Instit.*, § 2, *De donat.*, II, 7.

ne pouvait pas recevoir de telles conditions, pas plus que toute autre, sans être vicié dans son essence même, et, comme tel, inexistant. *Actus legitimi non recipiunt conditionem vel diem* ¹.

A la donation entre-vifs nous assimilerons la constitution de dot et la donation *propter nuptias*, les donations *mortis causa* qui ont été expressément affranchies de la révocation par le prédécès du donataire : *ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio* ². Un tel acte ne porte en effet de la *donatio mortis causa* que le nom et ne produit que les effets d'une donation ordinaire ; *ideo perinde haberi debet atque alia quævis inter vivos donatio*. Nous assimilerons encore la donation entre époux, du moins jusqu'au sénatus-consulte Emilien ou *Oratio Antonini*, et la donation faite par un père de famille à son fils *in potestate*, bien que ces deux donations, pour être valables, dussent être confirmées par des dispositions testamentaires expresses ³.

Point de doute non plus touchant les testaments, les legs, les codicilles ; tous ces actes contenant des libéralités sous des conditions impossibles, illicites ou immorales produiront néanmoins leur effet, et les clauses seront effacées. Notons cependant que l'hypothèse n'a pas toute son étendue dans l'institution d'un *suus* qui, nous le savons, est viciée par toute autre condition qu'une condition potestative. La question n'a pas pu non plus se présenter pour les testaments, tant que ceux-ci se firent *calatis comitiis*, ou *in*

¹ L. 77, D., *De div. reg. jur.*, L. 17. C'est en considération de leur origine que ces actes n'admettent pas la condition, on peut dire encore que la volonté doit s'y mouler dans des formules toutes faites qui ne comportent pas l'introduction d'une condition.

² L. 27, D., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6. — L. 13, *in fine, eod. tit.*

³ *Frag. Vat.*, § 294.

procinctu, ou *per æs et libram*. Comment, en effet, les comices eussent-ils approuvé une volonté accompagnée d'une condition impossible, illicite ou immorale? Les comices remplissaient le rôle de législateur, et on ne pouvait transformer en loi qu'une volonté qui ne blessât ni le bon sens ni les lois. La gravité, la solennité du testament *in procinctu*, à l'approche du combat, nous paraît aussi incompatible avec les conditions que nous examinons.

Quant au testament *per æs et libram*, tant qu'il conserva sa forme primitive, de telles conditions ne peuvent encore y être supposées, car il n'est qu'une vente de l'hérédité par le moyen d'une mancipation qui écarte par elle-même tout terme comme toute condition. Ce n'est que lorsque le testament put être secret, et seulement lorsqu'il était écrit, que la question d'appréciation des conditions impossibles, illicites ou immorales, a pu acquérir un intérêt pratique.

Mais il y a de plus grandes difficultés pour d'autres actes de disposition à titre gratuit.

La donation à cause de mort, l'assimilerons-nous, au point de vue qui nous occupe, aux actes entre-vifs ou aux actes de dernière volonté? La question est délicate. En effet, les règles qui gouvernent la donation à cause de mort se tirent d'une double considération. Cet acte est bien une convention, un accord de volonté, qui même sous Justinien demande, pour sa perfection, toutes les formalités exigées autrefois pour les donations entre-vifs. Mais celles-ci sont absolument irrévocables; au contraire, les donations à cause de mort sont essentiellement révocables par le prédécès du donataire et, le plus souvent, par le seul repentir du donateur : c'est là un rapprochement avec les legs qui a fait admettre de nombreuses règles communes avec ceux-ci et autant de dérogations aux principes qui régissent les dona-

tions entre-vifs. Il n'est pas douteux que c'est cette ressemblance avec les legs qui peu à peu a fini par dominer la matière, à tel point que Justinien, tranchant une question qui de son temps était déjà débattue, décide : *Cum de mortis causa dubitabatur, et alii quidem inter ultimas voluntates eam posuerunt, et legatis aggregandam esse censuerunt, alii autem inter donationes quæ inter vivos consistunt, eam posuerunt; dubietate eorum explosa, sancimus omnes mortis causa donationes, sive juxta mortem facientis fuerint celebratæ, sive longiore cogitatione mortis subsecutæ sunt, actis minime indigere.... ut.... et omnes effectus sortiatur, quos ultimæ habent liberalitates; neque ex quacumque parte absimilis eis intelligatur* ¹. Voilà un texte qui est bien formel et qui nous dispenserait de tout commentaire, si Justinien lui-même n'avait pas reconnu s'être avancé trop loin dans cette assimilation et n'avait rétracté en partie sa décision dans les Institutes, où il s'exprime ainsi : *A nobis constitutum est ut per omnia fere legatis connumeretur* ².

Il est vrai que d'autres jurisconsultes établissent le même principe. Ulpien ³ : *Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas, legatis comparatas : quodcumque igitur in legatis juris est et in mortis causa donationibus erit accipiendum*. Paul ⁴ : *Et fideicommissum, et mortis causa donatio, appellatione legati continentur*. Et encore : *Mortis causa donationes factæ.... amissa possessione, competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur* ⁵.

¹ L. 4, C., *De mortis caus. donat.*, VIII, 57.

² *Inst. de donat.*, II, 7, § 1.

³ L. 37, D., *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6.

⁴ L. 87, D., *De leg.* 3^o, XXXII.

⁵ L. 2, D., *De Publiciana*, VI, 2.

Nous sommes donc fondés à déclarer qu'à moins de décisions contraires, on doit appliquer aux donations à cause de mort les règles des legs, et notamment celles concernant les conditions impossibles, illicites et immorales ¹. Nous le faisons d'autant plus qu'un texte vient corroborer formellement notre opinion. Nous aurons, en effet, à étudier la condition *jurisjurandi* qui était considérée comme illicite et immorale ; or, Ulpien déclare que l'édit relatif au rejet de cette condition *ad legata pertinet, non tantum ad heredum institutionem, in fideicommissis... et in mortis causa donationibus, dicendum est edicto locum esse : si forte quis caverit nisi jurasset se aliquid facturum, restitutum quod accepit : oportebit itaque remitti cautionem* ².

A la donation à cause de mort on doit assimiler les donations *inter virum et uxorem*, du moins après le sénatus-consulte rendu sur la proposition de l'empereur Antonin ³. En effet, avant cette législation, les donations entre époux, nulles ordinairement de plein droit, ne pouvaient être confirmées que par une disposition expresse du testament ; aussi comprend-on qu'à ce moment, où les donations de ce genre étaient si en défaveur, on ne devait pas hésiter à annuler ces actes lorsqu'ils étaient accompagnés de conditions impossibles, illicites ou immorales. On saisissait ainsi une occasion d'appliquer la loi qui voyait les donations entre époux d'un si mauvais œil, en leur enlevant même la chance d'être confirmées plus tard par le testament. Mais, à la suite de l'*Oratio Antonini*, ces dispositions reprirent

¹ Cependant la théorie de la condition en général n'est pas la même, notamment, le *dies incertus* dans la donation à cause de mort ne fait pas condition, et si la prestation est formulée *in singulos annos*, elle est *una incerta et perpetua*, comme une stipulation.

² L. 8, § 1, 2, 3, D., *De condit. instit.*, XXVIII, 7.

³ L. 32, D., *De donat. int. vir. et uxor.*, XXIV, 1.

une plus grande faveur, et l'on dut dès lors considérer la disposition comme confirmée, par cela seul que le testament du donateur ne contenait aucune révocation. Il n'y avait donc plus que trois causes qui pussent entraîner la nullité de la donation : le repentir du donateur, le prédécès du donataire, et la dissolution du mariage. Aussi cette donation ne devient, en réalité, qu'une donation à cause de mort, comme elle soumise aux principales règles des legs. C'est donc avec raison que nous déclarons que les effets des conditions impossibles sont, là encore, ceux que nous avons constatés dans les dispositions à cause de mort.

Justinien, qui décida que les donations entre époux vaudraient formées par un simple pacte, et qu'elles seraient soumises à l'insinuation, leur restitua par là même une partie de leur caractère de donations entre-vifs. Mais il ne fit que consacrer le sénatus-consulte, quant à leur confirmation tacite ¹. Or, c'est par là que ces dispositions se rencontrent avec les donations *mortis causa*. Nous devons donc, sous le droit de Justinien, maintenir encore notre solution. Nous l'étendrons même aux donations faites par les parents à leurs enfants ; la constitution de Justinien que nous venons de rappeler joint en effet ces dispositions aux donations entre époux, comme s'il n'y avait aucune raison de faire quelque distinction. On doit donc supposer que les donations *a parentibus in liberos factæ* étaient dans le dernier état du droit devenues simplement révocables à la volonté du donateur, et maintenues, sauf disposition contraire du testament, et sauf le prédécès du donataire.

Il est encore à Rome une autre classe de dispositions à titre gratuit, qui ont été appelées *testamenta inter liberos*. Cette expression comprenait d'abord un testament particu-

¹ L. 25, C., *De donat., int. vir. et uxor.*, V, 16.

lier, qui a été l'origine de notre testament olographe, par lequel le père seul, sous Constantin ¹, et tous les ascendants des deux sexes, sous Théodose ², peuvent disposer de leurs biens à l'égard de leurs enfants, sans avoir besoin de recourir aux solennités ordinaires du testament, soit écrit, soit nuncupatif. Il suffit que l'écrit soit daté de la main même du testateur, qu'il inscrive également le nom de ses enfants, les parts et portions qu'il donne à chacun; le tout en lettres, sans aucune abréviation ³.

Si c'était là la seule disposition comprise sous le nom de *testamentum inter liberos*, il eût été inutile d'en parler d'une façon particulière, et l'on eût appliqué sans hésitation les règles de la condition impossible ou illicite dans les testaments.

Mais malgré ce que bon nombre d'auteurs ont soutenu, cette expression comprend aussi ce qui est devenu chez nous le partage d'ascendants.

Ce qui a permis de douter de l'existence de ce genre de disposition à Rome est le peu de soin avec lequel Tribonien, compilateur de Justinien, a mélangé les textes qui traitaient du véritable *testamentum inter liberos* avec la *divisio rerum a filiis coram parente*. Cette confusion commencée dans la transcription d'une constitution de Constantin au Code de Justinien, où elle forme la loi dernière au titre *familiæ erciscundæ*, s'est en effet malheureusement continuée dans les Novelles XVIII et CVII, où l'on trouve réunies deux choses autrefois fort distinctes : le testament et le partage d'ascendants. Ce qui établit d'une façon certaine cette ancienne distinction, autrement dit, l'existence d'un mode anticipé de partage des biens des

¹ L. 26, C., *Famil. ercisc.*, III, 36.

² L. 21, § 1, C., *De testam.*, VI, 23.

Nov. CVII, ch. 1.

parents entre leurs enfants, c'est un texte d'Ulpien qui en parle indépendamment de toute idée de disposition de dernière volonté. *Si pater in filios bona divisit sine scriptura, et onera æris alieni pro modo possessionem distribuit, non videri simplicem donationem sed potius supremi judicii divisionem* ¹. De nombreux textes nous parlent encore de ce partage : *Pater in filios divisit bona, et eam divisionem testamento confirmavit* ². Ce partage était permis primitivement au père seul et ensuite à tous les ascendants ; c'est ce qui résulte de son assimilation au *testamentum inter liberos*. Quant à ses formes, elles sont réglées principalement par Justinien : *Si quis enim dividat proprias res et ipsos filios evocans faciat subscribere divisionibus ipsis, et ratas eas judicare et profiteri filios hoc secundum hunc habere modum : sit et hoc firmum in hujusmodi rerum divisione secundum nostram constitutionem quam ob hoc posuimus : quam in omnibus quæ in ea continentur firmam esse per hanc legem sancimus. Si autem, et in divisione ipse subscripserit, et clara omnia, per subscriptionem suam fecerit, sit et hoc ratum : quoniam et hoc jam nostra legislatione continetur* ³. Ce sont donc les mêmes formes que celles indiquées pour les *testamenta inter liberos*.

Nous ajouterons que ces partages ne sont pas des donations, comme le disait Ulpien dans un texte précité ; mais leur jonction pour toutes les règles les concernant, avec les testaments *inter liberos*, nous indique qu'ils ont le même caractère que ces derniers, c'est-à-dire celui d'actes de dernière volonté essentiellement révocables, dans lesquels nous devons en conséquence déclarer que les conditions

¹ L. 20, § 3, D., *Famil. ercisc.*, X, 2.

² L. 39, § 5, *eod. tit.*

³ Nov. CVII, C., III. V. aussi C., I.

impossibles, illicites et immorales, seront simplement effacées comme non écrites.

Ainsi, nous avons terminé l'étude des effets des conditions impossibles, illicites et immorales, dans les dispositions à titre gratuit. Nous avons déduit de l'interprétation large de la volonté libérale la règle qui exige que l'on efface ces conditions dans les actes à cause de mort : le disposant était regardé comme aimant mieux étendre sa disposition que la supprimer.

Ce n'est pas seulement au sujet de la condition que les Romains avaient fait l'application de cette idée. Au lieu d'annuler l'institution *ex certa re* ou *ad diem*, en vertu de la règle : *nemo partim testatus partim intestatus decedere potest* ; n'avaient-ils pas déjà admis, par répugnance pour la succession ab intestat, et interprétant la volonté présumée du défunt, que ces clauses seraient supprimées, l'institution demeurant pure et simple ¹ ?

SECTION II.

Des clauses qui à Rome sont susceptibles de produire les effets de conditions impossibles, illicites ou immorales.

§ 1^{er}.

Des conditions impossibles.

Justinien a défini la condition impossible : *Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est quominus existat, veluti si quis ita dixerit : si digito cælum attigero dare spondes* ².

Mais cette définition n'est pas complète ; en effet, une

¹ § 5 et 9, *Inst. de hered. instit.*, II, 14, — L. 34, D., *eod. tit.*, XXVIII, 5.

² *Inst.*, § 11, *De inutil. stip.*, III, 19.

condition peut être impossible *natura*, c'est bien le cas de l'exemple cité par Justinien, alors, ce sont les lois de la nature elles-mêmes qui s'opposent à son accomplissement. C'est la condition qui sert de type aux conditions impossibles. En effet, lorsqu'elles se rencontrent, comme elles sont absolues, c'est-à-dire ayant pour tous le même caractère, aucune difficulté ne peut naître relativement à leur interprétation et à leurs effets. Il faut noter cependant que ces conditions se présenteront bien rarement dans la pratique, et parmi ces exemples rares, beaucoup encore serviront à établir l'absence chez le disposant des facultés intellectuelles nécessaires pour disposer valablement.

Il existe encore d'autres genres de conditions impossibles, dont Justinien ne parle pas.

1° En premier lieu, nous placerons *l'impossibilité de fait*. C'est celle qui portant sur un fait ou un événement possible en lui-même, devient cependant impossible par suite des circonstances particulières dans lesquelles on en a resserré l'exécution ou l'accomplissement.

Les lois en donnent un exemple remarquable : *si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset* ¹. Une telle condition dans une disposition entre-vifs doit l'annuler ; dans une disposition à cause de mort, elle doit être complètement rejetée : *dicendum erit conditionem evanescere quasi impossibilem*.

A ce sujet, de nombreuses discussions ont été soulevées. Les uns ont voulu assimiler cette hypothèse avec celle où la liberté est donnée à un esclave pour le moment où il aura amassé une somme immense. Dans les deux cas, a-t-on dit, la disposition doit être annulée, car le testateur a bien montré qu'il n'avait pas une intention libérale

¹ L. 6, D., *De condit. instit.*, XXVIII, 5.

sérieuse, devant laquelle on puisse faire fléchir la condition.

Cette assimilation ne peut pas être admise, car la solution donnée par la loi 4, § 1, *De statuliberis*, D., est essentiellement exceptionnelle, et par suite ne peut pas être étendue, à défaut de texte précis, la règle étant que les conditions impossibles sont effacées dans les testaments.

D'autres auteurs ont attaqué la solution de la loi 6, *De condit. instit.*, en prétendant que la condition qui y était insérée ne devait être effacée que pour la partie impossible qu'elle contenait, mais qu'elle devait au contraire subsister pour la partie dont l'accomplissement était reconnue possible. Ainsi, le monument funéraire peut être construit, cela est certain; donc le gratifié pourra être contraint à son exécution, s'il veut profiter de la libéralité. Ce qui est impossible, ce n'est que de le construire en trois jours : on effacera cette partie seule de la condition. Les auteurs qui soutiennent cette opinion puisent un argument d'analogie dans la loi relative à la condition *jurisjurandi* dont nous avons déjà dit un mot. Là, en effet, si l'héritier est obligé, sous une condition expresse, de jurer qu'il fera telle chose, la condition de jurer est bien rejetée comme non écrite, mais l'héritier n'en reste pas moins obligé à exécuter le fait dont l'accomplissement lui avait été demandé sous serment.

A ces observations nous opposerons d'abord le texte si précis, si clair, de la loi 6 : *conditionem evanescere*. On n'y fait aucune distinction entre certaine partie qui serait écartée et une autre qui ne le serait pas; c'est l'ensemble de la condition qui disparaît tout entier. Quant à l'analogie tirée de la *conditio jurisjurandi*, elle doit être repoussée, car la différence des deux situations ne permet pas de conclure à une solution unique. En effet, dans l'un

des cas, le testateur a dit : « S'il construit le monument en trois jours. » Il n'y a là qu'une condition unique, une seule idée, dont les parties sont inséparables, si bien que l'on peut la supprimer complètement sans crainte d'aller à l'encontre de la volonté du disposant, qui peut à bon droit être regardé comme n'ayant pas tenu à l'exécution sérieuse de la condition en quelqu'une de ses parties. Au contraire, dans l'autre espèce, le testateur manifeste d'abord sa volonté ferme et sérieuse d'exiger de son héritier l'exécution d'un fait permis, puis il impose la condition du serment, uniquement afin d'affermir encore sa volonté. Il y a donc là deux parties, dont l'une peut à bon droit être considérée comme essentielle, et que l'on maintient, dont l'autre est accessoire, le serment, et que l'on peut effacer sans nuire à l'interprétation de l'ensemble.

C'est ce qui se produit chaque fois que la condition peut se diviser en différentes parties distinctes, dont l'une est possible et l'autre impossible. Ainsi le legs fait à condition de représenter tous les objets qui ont fait partie d'une dot n'est pas considéré comme entièrement fait sous une condition impossible, *cum res in dotem datæ plures ipso usu finitæ essent*. La condition ne sera effacée seulement qu'en ce qui concerne ces choses qui ont disparu, mais on doit obéir au reste de la condition : *videri conditioni paritum, si quod ex rebus in dotem datis supererat in potestatem heredis pervenit* ¹.

Il existe encore une autre impossibilité de fait ; c'est celle qui se présente dans les cas où une condition possible en soi est devenue impossible par suite d'événements accidentels. Remarquons toutefois que si la circonstance ne survient qu'après l'acte qui contient la disposition, la con-

¹ L. 12, D., *De dote proleg.*, XXXIII, 4.

dition n'est pas impossible, mais bien défaillie, et la disposition même testamentaire ne produit aucun effet.

C'est ce qui est expressément établi par Ulpien, reproduisant l'opinion de Julien : *Si institutus fuero sub conditione, si Stichum manumisero, et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in æstimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum, propter occisionem enim defecit conditio* ¹. Si la condition était regardée comme impossible, et par suite non écrite, l'héritier n'aurait rien à réclamer, n'ayant souffert aucun préjudice.

Nous rappelons que l'on rencontre une exception à ce principe, introduite *favore libertatis*, dans le cas où un esclave est affranchi sous la condition d'accomplir un fait, et qu'un cas fortuit vient l'en empêcher.

Mais si c'est avant l'acte de disposition que s'est produit l'événement qui empêche l'accomplissement de la condition, il y a alors véritablement condition impossible. Certains auteurs ont alors donné à la condition la dénomination de *falsa*, et ont soutenu qu'elle annulait, dans certains cas, la disposition. Nous en donnons quelques exemples : *Falsam conditionem Cassius et Cælius Sabinus impossibilem esse dixerunt, veluti : Pamphilus, si quod Titio debeo solverit, liber esto, si modo nihil Titio fuit debitum* ². *Si servos certos quis manumisisset... quibusdam ex his ante mortuis* ³. *Lucio Titio si is heredi meo tabellas quibus ei pecuniam expromiseram, dederit, centum dato : Titius deinde antequam tabellas heredi redderet, decesserat* ⁴. *Servus jussus reddita ratione ad libertatem pervenire, licet nullam administraverit ra-*

¹ L. 23, § 2, D., *Ad leg. aquil.*, IX, 2.

² L. 72, § 7, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1.

³ L. 6, § 1, *eod. tit.*

⁴ L. 104, § 1, D., *De leg.* 1^o, XXX.

tionem, nihilominus erit liber ¹. Dans toutes ces hypothèses, la condition est traitée comme impossible et effacée.

Cependant, un autre texte du Digeste a semblé contrarier cette solution ; il y est dit : *Servo manumisso fideicommissum ita reliquit : si ad libertatem ex testamento pervenerit : post acceptam sine iudicio pecuniam, ingenuus pronunciatus est : indebiti fideicommissi repetitio erit* ². S'il y avait condition impossible, le fidéicommis resterait valable sans son accomplissement et l'héritier ne pourrait exercer la répétition. Comment faire concorder cette solution avec celles antérieurement citées ?

On a voulu à ce sujet introduire une distinction. Le disposant a pu connaître la circonstance qui rendait la condition impossible, et si, malgré cette connaissance, il l'a maintenue, c'est, dit-on, qu'il n'a rien voulu faire de sérieux : la disposition doit donc être annulée. C'est ce qui a dû se présenter dans le cas de la loi 58. On ajoute, il doit ici en être de même, que si le disposant avait apposé une condition concernant le passé et qu'il savait déjà défaillie, la disposition serait alors considérée comme inexistante.

Si, au contraire, le disposant a ignoré la circonstance qui doit rendre impossible l'accomplissement de la condition, il n'y a plus de difficulté à la traiter comme impossible et à l'effacer, car, dans ce cas, on ne va pas d'une façon certaine à l'encontre de la volonté présumée du défunt, en disant : Le disposant eût mieux aimé élargir sa disposition que la supprimer.

Cette distinction, qui amènerait du reste une preuve difficile, n'est pas d'un grand intérêt pratique. Mais ce motif ne suffirait pas pour la faire rejeter si elle s'appuyait sur des

¹ L. 26, § 10, *De statul.*, XL, 7.

² L. 58, D., *De condict., indeb.*, XVI, 6.

textes certains ; or, ces textes n'existent pas. Nous savons que la généralité des lois déclarent la condition de ce genre impossible, ἀδύνατος, et la loi 58 ne vient pas rompre cette unité, car elle s'explique par des motifs tout à fait particuliers à l'hypothèse qu'elle régit.

En effet, en vertu d'un sénatus-consulte ¹, l'affranchi qui faisait reconnaître sa qualité d'ingénu devait en même temps restituer à son patron tout ce qu'il tenait de lui : *memor senatum censuisse ut qui post manumissionem originem repetierint, ea quæ de domo manumissoris habent, ibi relinquant* ². Or, la loi 58 ne contient que l'application de cette décision relativement aux fidéicommissis.

Des controverses avaient longtemps existé sur la nature des biens qui devaient être rendus ; on en voit la trace dans de nombreux textes : *utrumne quæ ignorantibus dominis abstulissent, item quod ex his adquisitum reddere debeant ; an vero etiam concessa et donata a munumissoribus amplexi sint ? quod magis est* ³. La doctrine définitive est indiquée au Code dans la loi précitée : *in qua causa, etiam legata ut liberto data esse, jurisprudentibus placuit*.

On ne peut non plus invoquer aucune analogie avec la condition *de præterito* qui, en effet, empêche même le testament d'exister si elle est défaillie. Le caractère *de præterito, de præsentis, vel de futuro*, ne doit pas être donné à la condition eu égard au fait ou à l'événement lui-même qui a été mis en condition ; s'il en était ainsi, la condition

¹ Cette décision doit être de celles qui intervinrent pour réprimer la spéculation qui consistait à se laisser vendre pour ensuite faire proclamer sa qualité d'ingénu, et profiter du prix de la vente.

² L. 1, C., *De ingen. manum.*, VII, 14.

³ L. 3, § 1, D., *Si ingenuus esse dicetur*, XL, 14.

qui nous occupe serait bien *de præterito*, puisqu'elle est déjà défaillie au moment où on la mentionne. Ce caractère ne doit être tiré que des seules expressions dont le disposant s'est servi et qui indiqueront, d'une façon irréfutable, que le disposant a entendu se référer au passé, au présent ou au futur. *Si Titius consul fuit, est ou erit* ¹. Si son intention n'est pas clairement exprimée, on devra supposer qu'il a envisagé le futur, car c'est le caractère ordinaire de la condition d'être *de futuro*, autrement, il n'y a qu'une condition apparente.

2° *L'impossibilité de droit*. C'est celle résultant de la disposition d'une loi qui s'oppose à la réalisation du fait mis en condition. Telles seraient les clauses : *si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit, vel forum, vel basilicam* ². Et peu importe qu'une nouvelle législation survienne ensuite qui rende possible ce qui, au moment de l'ouverture du droit, ne pouvait être accompli, le sort de la condition et ses effets sont définitivement réglés dès le début, sans qu'il soit possible de remettre plus tard les choses en question : *ubi omnino conditio jure impleri non potest, vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio quæ natura impossibilis est inserta esset; nec ad rem pertinet quod jus mutari potest, et id quod nunc impossibile est, postea possibile fieri; non enim, secundum futuri temporis jus, sed secundum præsentis, æstimari debet stipulatio*.

Mais si l'accomplissement de la condition, actuellement impossible, pouvait se réaliser après l'écoulement d'un certain délai, et sans qu'il fût besoin de rien modifier à la législation existante, la condition n'offrirait alors plus rien

¹ L. 16, D., *De injust. rupt. irrit. testam.*, XXVIII, 3. — L. 6, § 1, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1.

² L. 137, § 6, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1.

d'anormal, l'acte de disposition lui serait réellement subordonné, et on devrait attendre cette époque pour savoir si la disposition produira ou non son effet. C'est le cas de la condition : *si ancillæ alienæ, quum ea nupsisset legatum sit, Proculus ait utile legatum esse, quia possit manumissa nubere* ¹.

3° Il y a enfin une *impossibilité logique*. C'est celle qui implique entre ses diverses parties une contradiction telle qu'il ne peut y être satisfait : ce sont les *conditiones perplexæ*.

Nous en avons déjà parlé, nous savons qu'elles annulent dans tous les cas les actes de disposition où elles se rencontrent : *si Titius heres erit, Seius heres esto ; si Seius heres erit, Titius heres esto*. Ulpien en fournit encore un autre exemple : *Stichus servus meus, si eum heres alienaverit, liber esto* ². Le legs de liberté ne sera pas valable, *quia in id tempus confertur quo alienus futurus sit* ; or, un testateur ne pouvait donner la liberté *directo* qu'aux esclaves qui lui appartenait au jour de son testament, et au moment de sa mort. Mais par la condition elle-même, il suppose que l'esclave a été aliéné, c'est donc s'enlever d'autre part le droit d'affranchir.

Il en serait de même du legs fait *per vindicationem* d'un corps certain quelconque, sous la condition *si heres eam rem alienaverit*, du moins avant l'époque où, en vertu du sénatus-consulte néronien, tout legs nul à raison de la formule impropre qui a été employée devient valable comme legs *per damnationem*.

Africain donne un autre exemple de condition logiquement impossible : *Qui quadringenta habebat, trecenta*

¹ L. 58, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1.

² L. 39, D., *De manum. test.*, XL, 4.

legavit, si legi Falcidiæ in testamento suo locus non esset. Quæritur quid juris est? Dixi τῶν ἀπώρων, id est ex perplexis, hanc quæstionem esse, qui tractatus apud dialecticos τοῦ ψευδομένου, id est frustratorii, cavillatorii-que dicitur ¹.

Relativement aux conditions impossibles, nous ferons quelques observations générales : il faut pour que ces conditions produisent les effets que nous leur avons attribués, que l'impossibilité soit absolue, c'est-à-dire qu'elle n'existe pas seulement à l'égard de la personne en faveur de laquelle on dispose, par suite de vices ou d'imperfections existant dans sa personne, mais bien à l'égard de tous. Cette doctrine, en tant qu'elle s'applique aux actes entre-vifs, ne fait pas de doute, elle est expressément formulée au Digeste, où l'on lit ce texte de Venuleius : *Si ab eo stipulatus sim qui efficere non possit, cum alio possibile sit jure factam obligationem, Sabinus scribit* ². Cette décision s'explique parfaitement dans les contrats, où chaque partie agissant en général en vue d'obtenir un avantage, et pensant faire une bonne affaire, ne s'occupe que rarement de la façon dont lui parviendra la prestation qu'elle exige, pourvu qu'elle l'obtienne. C'est en vertu de cette même idée que la stipulation, pour être valable, doit contenir une chose qui soit *in commercio* du stipulant, et au contraire ne doit pas comprendre nécessairement *rem in commercio promittentis*, car, nous dit Ulpien, *si quis promittat cujus commercium non habet, ipsi nocere non mihi* ³.

Mais si, dans les contrats, le caractère personnel de l'obligation n'est qu'une exception, il n'en est pas de même dans les dispositions testamentaires, où les conditions que l'on

¹ L. 88, pr., D., *Ad leg. Falcid.*, XXXV, 2.

² L. 137, § 5, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1.

L. 34, *eod. tit.*

impose à un légataire ou à un héritier ont en général ce caractère. Néanmoins, l'absence de texte en la matière nous empêche de décider autrement pour les dispositions à cause de mort que pour les dispositions entre-vifs.

Proclamer que l'impossibilité doit toujours être absolue, c'est dire que la condition, même *très difficile*, ne sera pas tenue pour impossible. Les auteurs, pour établir directement cette proposition, ont invoqué une loi déjà citée, où la liberté est donnée à un esclave, sous la condition de fournir une somme qu'il ne pourra jamais posséder. Nous savons que, dans ce cas, le legs est rejeté comme n'étant pas sérieux, et c'est là le motif principal qui a déterminé le jurisconsulte. Il est vrai que l'on y parle bien de condition *tam difficilem imo pene impossibilem* ¹, et, dit-on, si le legs est rejeté, c'est qu'il s'agissait non d'une condition impossible, mais simplement difficile. Mais cette idée, nous le répétons, ne paraît pas avoir servi à fonder la décision. Toutefois, si cette loi n'est pas un argument à l'appui de la doctrine que l'on défend, celle-ci n'en doit pas moins être admise, comme conforme à l'ensemble de la jurisprudence.

La condition impossible peut être affirmative ou négative, mais il faut avoir soin de noter que de quelque façon que soit conçu le texte de la condition, il doit s'en dégager une idée d'impossibilité. Ainsi, les deux conditions, *si digito cælum attigerit*, ou si le soleil ne se lève pas demain, sont toutes deux impossibles. Mais, au contraire, la condition : *si digito cælum non attigerit*, qui ne contient que la négation d'un fait impossible, et par suite une condition nécessaire, n'est pas impossible.

Il y a un grand intérêt à distinguer la condition négative

¹ L. 4, § 1, D., *De statulib.*, XL, 7.

véritablement impossible de la condition nécessaire ; celle-ci, en effet, loin d'annuler les contrats comme la première, les laisse purs et simples et n'a d'effet que dans les *actus legitimi* qui sont viciés même par l'apparence d'une condition : *si ita stipuletur, si digito cælum non attigero, dare spondes, pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim petere potest* ¹.

Egalement, les dispositions testamentaires faites sous une condition nécessaire sont réputées pures et simples. Labéon nous en fournit un exemple : *Mulier virum heredem ita instituerat, si eam pecuniam quam doti promississet, neque petisset, neque exegisset.... Quod si solus heres institutus esset, in tali conditione, nihilominus puto statim eum heredem futurum* ². Il s'agit bien là d'une condition nécessaire, bien que Labéon la donne comme condition impossible. L'erreur est du reste très excusable, puisque le résultat est le même.

§ 2.

Des conditions illicites ou immorales.

Ces conditions sont celles qui donnent à la disposition dans laquelle elles se rencontrent un caractère tel que son ensemble se trouve contraire aux lois ou aux bonnes mœurs.

Elles sont assimilées quant aux effets aux conditions impossibles, dont elles se distinguent cependant d'une façon certaine en ce qu'un fait juridiquement impossible ne peut absolument pas être accompli, au lieu que le fait illi-

¹ *Instit.*, § 11, *De inutil. stipul.*, III, 19. — L. 9, § 1, D., *De novat.*, XLVI, 2, sur la condition nécessaire dans la stipulation faite *novandi causa*.

² L. 20, *pr.*, D., *De condit. inst.*, XXVIII, 7.

cite peut être accompli, mais avec violation de la loi ou atteinte aux bonnes mœurs. Telles sont les conditions : *Si filios non susceperis, si homicidium feceris, si barbaro habitu processeris, et his similia* ¹.

Mais il y a des clauses illicites telles que, si elles sont employées, elles ont pour sanction formelle d'annuler la disposition dans laquelle elles se rencontrent, et parmi ces conditions nous noterons : 1° celles qui rendraient la disposition captatoire : *Titius heres esto, si me instituerit*. On entendait par dispositions captatoires, *non eas.... quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis* ², et ces dernières expressions n'indiquent pas que la disposition est captatoire lorsqu'elle est laissée *in arbitrium alterius* ; alors, il est vrai, elle est également nulle, mais c'est pour un autre motif que nous indiquerons bientôt. Les mots *secretum alienæ voluntatis* signifient simplement le testament d'une autre personne : c'est ainsi que, dans une autre loi, Ulpien emploie l'expression *secreta judiciorum* ³ pour *testamenta*.

Non seulement il faut que la condition vise le testament d'autrui, mais il ne suffit pas que deux personnes poussées par des sentiments de mutuelle affection testent réciproquement l'une pour l'autre dans un même testament ou des testaments différents ; il faut nécessairement que l'institution soit faite, afin d'amener *in futurum* une disposition réciproque. C'est du reste ce qui est indiqué dans le texte de la loi 70, par le mot *conditio*, qui se prend toujours *in futurum*.

Paul est plus explicite : *Illæ autem institutiones capta-*

¹ PAUL, *Sent.*, III, 4, B, § 2.

² Papinien, L. 70, D., *De hered. instit.*, XXVIII, 5.

³ L. 41, *pr.*, *in fine*, D., *Ad leg. aquil.*, IX, 2.

torix non sunt, veluti si ita heredem quis instituat, qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte, Mævius heres esto, quia in præteritum, non in futurum institutio collocata est ¹.

Mais pourvu que la disposition ait pour but d'en provoquer une autre *in futurum*, peu importe que le bénéfice soit préparé en faveur du tiers lui-même ou d'une autre personne. Tel est, en le supposant toutefois conçu *in futurum*, l'exemple qui vient d'être donné.

Peu importe encore que l'on veuille attirer directement sur un tiers le bénéfice de l'institution d'autrui : *si ita scripserit : Titius si Mævium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, heres esto : quod in sententiam S. C. incidere non est dubium* ².

Pourquoi les Romains ont-ils décidé, dans ces cas, que la condition illicite annulerait la disposition ? Il est assez difficile d'en donner un motif certain. Cependant, de l'ensemble de la législation en cette matière il se dégage cette idée : si les dispositions réciproques sont permises, s'il est même permis de faire d'une institution *ex præterito* la condition de la dévolution de ses propres biens ; c'est que, dans ces cas, il n'y a en réalité rien que de régulier, la disposition n'ayant aucun caractère intéressé, mais émanant, comme cela doit être, d'une volonté essentiellement libérale et reconnaissante. Mais, si on dispose en vue de s'attirer le bénéfice éventuel de la succession d'autrui, le testament perd son caractère essentiel, il n'est plus un acte de pure libéralité : on annulera l'acte tout entier, car ici, il n'est plus possible d'appliquer une règle reposant sur une présomption dont l'application serait opposée à la vo-

¹ L. 71. pr., D., *De hered. instit.*, XXVIII, 5.

² L. 71, § 1, *eod. tit.*

lonté évidente du disposant. On ne peut plus dire, en effet, que la condition n'est, dans le testament, qu'une clause secondaire que le disposant eût mieux aimé retrancher, plutôt que de supprimer l'institution même. La condition est bien ici la cause du testament, et non seulement une modalité. La cause illicite annulerait donc non seulement les dispositions entre-vifs, mais encore les dispositions testamentaires. C'est ainsi que nous rencontrons, dans le droit romain, la base d'une distinction qui joue dans la matière un rôle si important en droit français.

2° Celle qui placerait le testament *in arbitrium alterius*. Nous ne parlons ici que de l'*arbitrium merum* et nous avons donné déjà des explications sur cette matière dans notre chapitre premier.

3° Celle qui se rencontre dans le legs *nomine pœnæ* : nous savons, en effet, que jusqu'à Justinien ce legs était toujours nul, nous en avons donné les raisons ; jusque-là, aucune doctrine spéciale à signaler, car la nullité était prononcée sans que l'on eût égard au caractère licite ou illícite de la condition à la charge de l'héritier. Cet empereur modifiant cette législation vieillie, fruit de subtilités juridiques qui n'étaient plus comprises, y substitue une règle nouvelle, aussi incompréhensible au point de vue des principes en vigueur ; il déclare que les legs *nomine pœnæ* continueront à être nuls, lorsque la condition dont ils dépendront sera contraire aux lois ou aux mœurs ; c'est alors seulement que s'introduit l'originalité que nous avons à signaler.

Si la condition illicite ou immorale est assimilée, quant à ses effets, à la condition impossible, ce n'est pas parce qu'elle contient, comme on l'a dit, une impossibilité morale. Une grande distance sépare la condition impossible juridiquement et la condition illicite, la première ne pou-

vant absolument pas se réaliser : *Si rem sacram venderit* ; la seconde pouvant à la vérité être accomplie, mais avec violation de la loi ou de la morale : *Si homicidium feceris*.

La condition impossible et la condition *turpis* ne s'apprécient pas non plus suivant la même base. Pour la condition impossible, on envisage uniquement le fait et l'événement contenus dans la condition ; pour la condition *turpis*, on se réfère au contraire à l'ensemble de la disposition, à l'intention poursuivie par celui qui l'a insérée. Il en résulte qu'un fait parfaitement licite, par exemple le divorce, peut entrer dans une condition dont l'ensemble n'en sera pas moins illicite si le résultat que l'on poursuit est immoral. Et, à l'inverse, un fait de ceux *quæ lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram*, inséré dans une condition, peut ne pas lui donner un caractère *turpis* : il suffit, par exemple, que la disposition soit faite sous la condition qu'un tiers s'abstiendra d'un fait de ce genre.

Mais, au contraire, la disposition serait regardée comme immorale si une stipulation était faite pour le cas où le stipulant lui-même ne commettrait pas un acte coupable, car une telle proposition ne serait que le rachat de l'acte immoral que la partie se proposait d'accomplir, circonstance essentiellement immorale *si ob maleficium ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione* ¹.

Supposons maintenant une personne s'engageant à une peine déterminée, si elle vient à accomplir tel fait répréhensible, l'acte change de caractère, et servant de soutien au droit et à la morale, il en reçoit la protection. Tel est le cas d'une femme qui stipule de son mari une somme déterminée, dans le cas où celui-ci renouerait, pendant son

¹ Ulpien, L. 7, § 3, D., *De pactis*, II, 14.

mariage des relations avec son ancienne concubine : *Si concubinæ tempore matrimonii consuetudinem repetisset* ¹.

Ce qui démontre bien que la condition *turpis* n'est pas déclarée non écrite dans les dispositions testamentaires, et n'annule pas les dispositions entre-vifs à cause de l'impossibilité morale qu'elle renferme, c'est que, si cette raison était admise, la condition contenant négation d'un fait immoral ou illicite devrait être regardée comme condition nécessaire, aussi bien que celle qui contient la négation d'un fait impossible *natura*, or, il n'en est rien, une telle condition n'est jamais nécessaire, et, comme telle, considérée comme n'exerçant aucune influence sur la disposition où elle se trouve ; elle est au contraire toujours admise comme utile et produisant tous ses effets.

Cependant, à l'appui de l'opinion contraire, on a invoqué un texte de Papinien : *Filius qui in potestate sub conditione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmat patris, ac si conditio non esset in ejus potestate* ². On sait, en effet, que l'institution d'un *suus* n'est valable que si la condition qui y est apposée est potestative. Or, dans le cas cité au texte, la condition illicite annule l'institution : *nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est*. Papinien indique donc que la condition annule l'institution parce qu'elle est impossible, et qu'une condition impossible n'est pas au pouvoir de l'institué. C'est du reste uniquement à ce dernier point de vue que, dans ce cas, la question

¹ L. 121, § 1, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1.

² L. 13, D., *De condit. instit.*, XXVIII, 7.

devait être examinée; or, peut-on dire qu'il soit au pouvoir de l'héritier d'accomplir librement ce que la loi lui défend? Non. C'est là seulement ce que Papinien a voulu dire. Mais il ne faut pas accorder une trop grande importance au motif donné par le jurisconsulte. Nous avons démontré que l'assimilation de la condition illicite à la condition impossible ne devait pas être poussée au delà des effets qu'elles produisent, et n'existe pas, notamment, quant aux bases sur lesquelles sont fondées ces décisions. Notons cependant que du texte de Papinien ressort une quatrième hypothèse dans laquelle la condition *turpis* annule les dispositions testamentaires.

C'est au moment où la disposition est appelée à produire son effet que l'on doit se reporter pour juger du caractère illicite de la condition; et surviendrait-il plus tard une disposition législative nouvelle, qui rendit licite ce qui ne l'était pas, l'effet primitivement accompli sera définitivement acquis, et ne pourra donner lieu à aucune revendication. C'est ce qui est établi par Paul au sujet de la condition : *si sororem suam nupturam sibi aliquis stipuletur*; bien qu'il puisse se présenter des circonstances dans lesquelles le mariage puisse devenir possible, par exemple, s'il s'agit d'une *soror adoptiva* qui sorte de la famille, *idem dicendum erit, quia statim contra mores sit* ¹.

Comme principales conditions illicites ou immorales qui annulent les actes entre-vifs et sont non écrites dans les testaments, nous signalerons celles qui concernent la liberté et le droit public, celles relatives au mariage, enfin la condition *jurisjurandi*.

¹ L. 35, § 1, D., *De verb. oblig.*, XLV, 1.

A. Conditions touchant la liberté.

Tout ce qui est une entrave sérieuse à la liberté naturelle d'une personne est regardé à Rome comme illicite. Telles seraient les clauses : *ut a monumento non recedat, ut in illa civitate domicilium habeat*. Papinien décide qu'au sujet de ces conditions on ne peut exiger la caution mucienne, car elles doivent être complètement rejetées, et il en donne ce motif général que nous avons consacré : *Potest dici non esse locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur*.

Mais autant les Romains étaient respectueux de la liberté du citoyen ingénu, autant ils méprisaient celle de l'affranchi, qui tout à l'heure était encore esclave. Aussi, les mêmes conditions imposées à des affranchis étaient-elles maintenues, et devaient être scrupuleusement accomplies. Papinien en fait de suite l'observation : *sed in defuncti libertis, alio jure utimur* ¹. Cette exception défavorable aux affranchis est confirmée par de nombreux textes ².

Nous devons remarquer que les jurisconsultes romains ont eu bien plus en vue la liberté physique et naturelle que la liberté morale. Ainsi, point de doute qu'ils n'eussent déclaré licite la condition imposée par le testateur que son héritier ou légataire fût instruit d'une certaine manière : *liberalibus studiis imbui*, ou qu'il embrassât une profession en général ou même tel métier en particulier. Ces conditions n'étaient pas, en effet, si graves que celle de se marier avec une personne déterminée, et cependant nous reconnaitrons bientôt que cette dernière était validée. Elles ne possèdent en elles rien de contraire aux mœurs, et nous

¹ L. 71, § 2, D., *De condit. et demonst.*, XXXV, 1.

² *Scævola*. L. 18, § 5, D., *De alim. et cib.*, XXXIV, 1.

savons que la condition renferme toujours quelque chose de gênant pour celui à qui elle a été imposée, quelque chose qu'il ne ferait pas si cela ne lui était imposé.

Il ne faut pas oublier cependant que l'on doit toujours rester d'accord avec le grand principe posé par Papinien qui rejette *omnia quæ lædunt existimationem nostram* ¹. Ainsi, à Rome, pays essentiellement aristocratique, il est des personnes auxquelles tout métier répugne par suite de leur haute situation ; leur *existimatio* en serait diminuée : pour elles donc, la condition d'embrasser telle profession, ou une profession en général, pourrait bien être regardée comme non écrite.

Revenons à la liberté physique, naturelle ; si la contrariété résultant de la condition n'est pas considérable, par exemple celle de ne pas habiter un lieu déterminé, elle ne suffit pas pour faire écarter la condition. Il en serait de même si la condition n'était que l'expression d'un sentiment d'affection, de piété filiale, et ne contenait rien que de louable en soi. Ainsi la disposition faite Titius : *si a liberis non decesserit* ², ou *dum uxor mea cum filio erit heres meus et tantum dato* ³, exigera pour recevoir son exécution l'accomplissement de la condition. Mais tous les auteurs étaient d'accord pour reconnaître que dans ces cas, pour que la condition soit remplie, on ne doit pas s'en tenir à sa lettre ; il n'est pas nécessaire que la mère ne s'écarte jamais de ses enfants, qu'elle soit perpétuellement et à tous moments avec eux, il suffit qu'elle ait en général la volonté de demeurer avec eux, et qu'il ne dépende pas d'elle que ses enfants ne s'éloignent : *non omne momentum exigendum sit ut cum liberis sit, sed si eam mentem*

¹ L. 13, D., *De condit. instit.*, XXVIII, 7.

L. 72, *pr.*, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1.

³ L. 8, *cod. tit.*

et id propositum habeat, ne filium a semet dimittat, neve per eam stet quominus cum ea filius educetur ¹.

B. Conditions touchant le droit public.

Les dispositions relatives au droit public sont évidemment de celles qui donnent un caractère illicite à la condition qui y déroge. Le droit romain nous en fournit un exemple au sujet de la tutelle qui est à Rome un *munus publicum*. Un père de famille par son testament a donné des tuteurs à ses enfants et, par le même acte, les a dispensés de rendre compte. Julien décide que malgré cette dispense : *nisi bonam fidem in administratione præstiterint damnari debere... nemo enim jus publicum remittere potest hujusmodi cautionibus nec mutare formam antiquitus constitutam* ².

Cette disposition paraît d'autant plus remarquable qu'en matière ordinaire, par exemple, dans un fidéicommiss, la condition de ne point exiger le compte d'une gestion ou d'une administration semble devoir être admise sans distinction : *cum necessitatem reddendæ rationis defunctus remittendam tibi esse petierit, manifesti juris est voluntatem defuncti immutatam esse debere* ³.

La différence qui existe entre ces deux solutions s'explique suffisamment par la variété même des hypothèses. Cependant, on a voulu concilier ces deux textes : on est parti de ce point de vue : Le principe qui exige que tout administrateur des biens d'autrui puisse à un moment donné être contraint de rendre compte n'est pas moins du droit public que l'obligation du tuteur lui-même ; aussi,

¹ L. 8, *cod. tit.*

² L. 5, § 7, D., *De admin. et peric. tutor.*, XXVI, 7,
L. 18, C., *De fideicomm.*, VI, 42,

il n'est pas possible que le dernier texte cité ait toute l'étendue que sa brièveté et sa concision semblent comporter : il doit nécessairement s'éclairer au jour d'autres décisions plus explicites.

En effet, Marcianus supposant qu'un testateur a défendu à son esclave *rationes reddere*, explique que cette clause doit s'entendre de la manière suivante : *Non hoc consequitur ut ne quod apud eum sit, reddat, et lucrifaciat, sed ne scrupulosa inquisitio fiat : hoc est ut negligentiae ratio non habeatur, sed tantum fraudium. Ideo et manumisso non videtur peculium legari per hoc quod vetitus est rationes reddere* ¹. Cette explication est confirmée par Ulpien : *Si quis rationes exigere vetetur, ut est saepissime rescriptum, non impeditur reliquas exigere, quas quis se reliquavit, et si quod dolo fecit qui rationes gessit* ². Et Papinien : *Rationi vero non exigendae modus adhibitus, scilicet ut culpa, non etiam dolus remissus intelligatur* ³.

Il résulte de ces différents textes, que celui qui est dispensé de rendre compte ne doit pas répondre de ses simples négligences, et en général être recherché si scrupuleusement au sujet de sa conduite. Mais il ne peut cependant, en aucune manière, échapper à la responsabilité qu'il a assumée par ses fautes lourdes, son dol ou sa fraude ; notamment, il ne peut pas conserver le reliquat qui est entre ses mains, à moins que le disposant n'ait fait de cet objet une clause formelle comme celle-ci : *Damnas esto heres meus quidquid ab eo exigerit illa, vel illa actione, id ei restituere, vel actionem ei remittere*.

De cet examen nous pouvons donc conclure que la dis-

¹ L. 119, D., *De leg.* 1^o, XXX.

² L. 9, D., *De liberat. legat.*, XXXIV, 3.

³ L. 72. § 3, *De condit. et demonst.*, XXXV, 1.

pense de rendre compte au delà des limites qui ont été indiquées est une condition illicite, qui doit être réputée non écrite, et que le tuteur, en cette circonstance, n'est pas tenu à plus que tout autre administrateur, puisque la loi 5, § 7, antérieurement citée, statue qu'il ne pourra être condamné que *nisi bonam fidem in administratione præstiterit*. Si donc l'on voulait être conséquent avec ces idées, on devrait décider que le tuteur faisant une libéralité à son ancien pupille sous condition de ne pas demander compte de son administration tutélaire, cette clause devrait être rejetée, comme ayant manifestement pour objet de cacher une mauvaise administration ou le dol du tuteur. Cependant nous la trouvons au contraire validée : *Tutor decedens, pupillo suo cujus tutelam gessit, tertiam partem bonorum dari voluit, si heredibus suis tutelæ causa controversiam non fecerit, sed eo nomine omnes liberaverit, pupillus legatum prætulit, et postea, nihilominus petit.... doli mali exceptionem obstaturam* ¹.

Il n'y a là qu'une contradiction apparente avec la doctrine admise; il n'y a ici en effet rien de semblable aux hypothèses précédentes. Les jurisconsultes romains avaient dû, en effet, raisonner de la manière suivante : Là, c'était une dispense de rendre compte et, par le fait, une défense adressée aux intéressés de le demander; ici, au contraire, il y a offre implicite de rendre compte ou, si ce compte n'est pas demandé, offre d'un bénéfice quelconque. Dans cette disposition, il y a donc à côté de l'idée libérale une autre idée dominante, une offre de transaction qui n'a rien d'illicite, car si nul ne peut priver celui dont les biens ont été gérés du droit de demander un compte de la gestion, cependant tout individu capable peut valablement à titre

¹ L. 26, D., *De libert. legat.*, XXIV, 3,

gratuit ou onéreux renoncer à ce droit ; et cette renonciation est ici attachée à un fait particulier, l'acceptation du legs.

Ce qui démontre bien que les législateurs romains sont partis de cette idée, c'est qu'ils ont bien soin d'établir que l'exception ne pourra être opposée au légataire qui, mineur, pourra se faire restituer contre l'acceptation de la libéralité, c'est-à-dire contre la renonciation à l'action. Or, la reddition du compte et le legs formant ici sous la forme d'une condition une véritable alternative dont les deux parties sont licites, il est bien certain que l'on ne peut appliquer la règle qui permettrait de conserver le legs au mépris de la condition ; ce serait aller à l'encontre de la volonté formelle du disposant et, en outre, sortir de la portée même de cette règle.

En terminant nos explications sur ce paragraphe, notons que les Romains, pour une sûreté analogue à la caution qui, dans notre droit français, doit être fournie par l'usufruitier, décidaient que l'héritier pouvait valablement être dispensé de fournir caution pour le paiement des legs et la restitution des fidéicommiss : *Post mortem tuam, restituas hereditatem, ita ne satis fideicommissi petatur, sine dubio, per hujusmodi verba, non interponendæ quidem rationis conditio videbitur adscripta* ¹.

C. Conditions relatives aux mariages.

A Rome, comme dans tout pays, le mariage a toujours été en honneur. Nulle part on n'a même estimé davantage son utilité au point de vue de la procréation des enfants ; dans aucune législation, en effet, on n'a rencontré de décisions si nombreuses, si complètes, destinées à écarter les hommes du célibat. Favoriser les mariages, c'est là une des

¹ L. 72, § 3, D., *De condit. et demonst.*, XXXV, 4.

idées qui ont eu le plus d'influence sur le droit romain. Cette faveur n'a diminué qu'au moment où les empereurs chrétiens, enflammés d'un zèle souvent plus ardent qu'éclairé pour les idées nouvelles, firent passer dans leurs constitutions les dogmes d'une religion qui voyait dans l'état de chasteté, dans le célibat, une situation meilleure, plus favorable au perfectionnement de l'homme, plus conforme à l'idéal qui devenait l'objet de ses aspirations.

C'est dire qu'à Rome les conditions qui avaient pour but d'entraver les mariages devaient être considérées comme illicites. On se tromperait cependant si l'on donnait à cette idée une trop grande extension : il faut en effet l'accorder avec le respect qui doit entourer la volonté du testateur. Aussi devons-nous examiner successivement les différentes conditions les plus communes en la matière.

a) *Condition absolue de ne pas se marier imposée à une personne qui n'a jamais été unie par les liens d'un mariage.* Cette condition doit être entièrement rejetée et la disposition regardée comme pure et simple : *Titix si non nupserit ducenta, si nupserit, centum legavit, nupsit mulier, ducenta, non etiam centum residua petat* ¹. Il est inutile d'insister sur une semblable décision qui ne saurait faire de doute.

On doit assimiler à ce cas la défense faite à la personne gratifiée de ne point marier sa fille ou un enfant sous sa puissance : *Titio patri centum si filia quam habet in potestate non nupserit, heres dato* ², *nam quod in fraudem legis ad impediendas nuptias adscriptum est nullam vim habet.* Mais cette condition n'est ici rejetée qu'en considération de l'assujettissement qui existe entre le père et

L. 100, D., *De condit. et demonst.*, XXXV, 1. — L. 22, *eod. tit.*

L. 79, § 4, *eod. tit.*

l'enfant et qui équivaut pour ce dernier à une défense directe et personnelle de se marier. La solution ne doit donc pas être étendue à la clause qui envisage une tierce personne étrangère au légataire et qui n'est alors qu'une condition casuelle, ordinaire, obligatoire. Rien alors ne vient modifier et restreindre la liberté du mariage.

Mais depuis le christianisme, et notamment sous Justinien, la condition de ne pas se marier est valable, lorsqu'elle est la conséquence de l'obligation de se faire prêtre ou religieux. Cette dernière condition était en effet considérée comme valable et licite, et la profession religieuse était vue avec tellement de faveur, que la novelle CXXIII, ch. 37, décide que par l'entrée en religion et la prêtrise, on réputerait accomplie même la condition de se marier apposée dans les testaments ou les donations entre-vifs : *Si quis sub conditione nuptiarum... reliquerit, vel donaverit... sancimus si personæ talibus conditionibus subjectæ... monasteria ingradientur... tales conditiones invalidas et pro non scriptis esse.*

b) *Condition de se marier suivant le consentement d'un tiers.* — Cette clause est réputée non écrite, et avec raison, car la défense de se marier sans l'avis ou le consentement d'un tiers aboutira le plus souvent à la défense complète de se marier. Papinien a prévu l'hypothèse : *Si arbitrato Titii Seia nupserit, heres meus, ei fundum dato, vivo Titio etiam sine arbitrio Titii eam nubentem, legatum accipere respondendum est, eamque legis sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur*¹.

c) *Conditions de ne pas épouser certaines personnes déterminées ou les personnes d'une certaine localité.* —

¹ L. 72, § 4, *eod. tit.*

Ces conditions n'avaient pas paru être une entrave assez grande à la liberté du mariage, pour qu'elles ne reçussent pas leur exécution, et, en effet, le choix qui reste au légataire est encore assez grand en dehors des personnes qui lui sont interdites.

Point de doute, si la condition n'envisage qu'une seule personne déterminée : *Si Lucio Titio non nupserit*. Dans ce cas, *non esse legi locum Julianus aiebat* ¹. Les lois caducaires peuvent recevoir leur application en dehors de cette personne.

Il y a plus de difficultés si le testateur a dit : *Si neque Titio, neque Mævio, neque Seio nupserit, et denique si plures personæ comprehensæ fuerint*. Gaius nous indique que l'opinion qui a prévalu est que ces conditions doivent être respectées : *Magis placuit, cuilibet eorum si nupserit, amissuram legatum, nec videri tali conditione viduitatem injunctam, cum alii cuilibet satis commode possit nubere* ².

Si l'interdiction porte sur toute une classe de personnes déterminées d'une façon générale, souvent on pourra dire que la personne gratifiée ne se mariera plus *commode* avec d'autres, et alors on ne devra conserver la condition que sous le bénéfice de l'examen de cette question de fait : la liberté du mariage est-elle réellement atteinte d'une façon sérieuse ? C'est ce que les jurisconsultes avaient admis relativement à la condition de ne pas épouser une personne d'un certain lieu : *Si Ariciæ non nupserit, interesse an fraus legi facta esset, nam si ea esset quæ aliubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum, ipso jure rescindi, quod fraudandæ legis gratia esset adscriptum* :

¹ L. 64, *pr. eod. tit.*

² L. 63, *pr. eod. tit.*

legem enim utilem reipublicæ, sobolis scilicet procreandæ causa latam, adjuvandam interpretatione ¹.

d) *Condition d'épouser une personne déterminée.* — A Rome, sans aucune contestation, on reconnaissait la validité et l'efficacité de la clause qui exigeait le mariage en général *si uxorem duxerit, si nupserit*. Une telle condition rentrait en effet dans le vœu de la loi. Elle n'était toutefois réputée accomplie que par un mariage légitime : *non omnes conjunctiones implent conditionem, puta enim, nondum nubilis ætatis in domum mariti deducta, non paruit conditioni, sed etsi ei conjuncta sit cujus nuptiis ei interdictum sit, item dicemus. An tamen nubendo postea parere conditioni possit quasi non nupserit, dubitari potest? et si testator de primo nuptiali jugo sensit, puto defectam conditione : benigne tamen dicendum est, nondum impletam conditionem defectam* ². Ce texte nous indique en outre qu'il faut que le mariage ait été accompli à un âge auquel il est possible de se marier ; d'autres passages confirment cette doctrine.

S'il s'agit de la condition d'épouser une personne déterminée, *si Titio nupserit, si Mæviam uxorem ducat*, cette clause, loin de pousser au mariage, contient au contraire une très grande entrave, car elle empêche le mariage avec toute autre personne. Cependant, les Romains en avaient admis la validité en principe. Mais comme à Rome même il doit exister une certaine convenance entre les deux personnes qui doivent s'unir par le mariage, et que le choix fait par le testateur pouvait ne pas convenir, par l'indignité de celui ou celle qu'il destine à la personne gratifiée, on ne doit pas accepter d'une façon absolue la règle que

¹ L. 64, § 1, *cod. tit.*

² L. 10, *pr.*, *cod. tit.* — L. 15, *ibid.* — L. 30, D., *Quando dies legat.*, XXXVI, 2.

nous venons de poser. S'il était reconnu que l'héritier ou légataire ne pouvait s'unir à la personne désignée sans honte ou déshonneur, la condition devra être effacée, comme on efface celle qui contraint au célibat, car il vaut encore mieux ne pas se marier qu'épouser une personne indigne : *Si honeste Titio possit nubere, dubium non erit quin nisi paruerit conditioni excludatur a legato.... si Titius indignus sit, tale est quale si generaliter scriptum esset, si non nupserit; imo, si verum amamus, durior hæc conditio est quam illa, si non nupserit, nam et cæteris omnibus nubere prohibetur; et Titio cui inhoneste nuptura sit, cum nubere jubetur* ¹.

e) *Conditions relatives aux seconds mariages.* — Tout ce qui a été dit jusqu'ici ne concerne que les conditions imposées à des personnes qui n'ont jamais été unies par les liens du mariage. S'il s'agit au contraire de l'obligation de garder la viduité, rien ne s'opposera plus à l'exécution de la condition. C'est du moins ce qui finit par être admis, après une longue série de décisions, dont il importe de rappeler les principales.

La doctrine ancienne relative à la matière nous est indiquée dans la novelle XXII, ch. 43, où Justinien rappelle les dispositions d'une loi ancienne, *lex antiqua, lex vetusta, filiorum procreationis præponeris studium*, la loi *Julia Miscella* que l'empereur attribue à *Julius Miscellus*. Cette loi permettait aux femmes auxquelles leurs époux avaient légué quelque bien, sous la condition qu'elles garderaient la viduité, de se remarier dans l'année du décès de leur mari, mais en jurant qu'elles ne prenaient un second mari que pour avoir des enfants. La femme prenait ainsi la liberté, sans égard pour la condition qui y était apposée....

jurare quia ex filiorum causa hoc ageret, et quod relictum erat acciperet. Mais le délai d'un an écoulé, il n'était plus possible de se soustraire à l'accomplissement de la condition, et si la femme voulait recueillir le bénéfice du legs, elle devait fournir la caution mucienne, qui peut être exigée, comme on sait, en présence de toute condition négative potestative. C'est *Quintus Mucius Scævola* lui-même qui établit cette doctrine étrangère à la loi *Julia Miscella*. *Ex anno autem transeunte, non aliter licebat mulieri hoc accipere, antequam cautionem exponeret.*

Justinien voulant écarter le scandale résultant de serments prêtés par des femmes durant la première année de leur veuvage, et inspirées uniquement par le désir de se rendre maîtresses de la libéralité en échappant à la condition, désirant en outre accorder plus d'autorité aux volontés dernières de l'époux défunt dont on insultait la mémoire, revisa cette législation : ces nouvelles règles sont établies dans le chapitre 44 de la même novelle.

L'empereur dispose en principe que la femme ne pourra jamais retenir la libéralité et échapper à la condition, elle devra prendre un parti entre ces deux alternatives : *aut ad nuptias venire, et abrenuntiare præceptioni ; aut si hoc noluerit, sed honorat defunctum, omnino abstinere de cætero nuptiis.* Si la femme consent à ne pas contracter un second mariage, afin que la disposition conditionnelle ne demeure pas perpétuellement en suspens, la légataire, après le délai d'un an, pourra demander la délivrance du legs, sans pouvoir jamais le faire avant cette époque, à moins que, dans l'intervalle, l'époux gratifié n'ait fait profession religieuse, ce qui rendrait dès ce moment accomplie la condition de ne pas se remarier : *usque ad annum quidem, non esse penitus petitionem relictæ : nisi ta-*

men modus sacerdotii adveniens.... utpote nequaquam nuptiarum existente spe. L'année écoulée, le légataire peut revevoir le legs, *non absolute tamen nec simpliciter*, mais si la libéralité consiste en un immeuble, il devra fournir l'hypothèque de ses biens, et en outre une caution juratoire, c'est-à-dire une promesse accompagnée de serment par laquelle, il s'obligera à restituer cet immeuble avec tous ses fruits, s'il venait à contrevenir à la condition : *ut si ad secundas venerit nuptias, reddat quod datum est tale quale percepit, restituens et quos accepit in medio fructus.* Il en est de même si la libéralité porte sur un meuble, les mêmes garanties doivent être fournies, mais on doit en outre s'engager à tenir compte des détériorations : *tale restitui quale recepit, aut diminutionis medeatur partem.* S'il s'agit d'une somme d'argent et que le légataire soit solvable, il n'est tenu que de promettre avec serment la restitution de la somme avec les intérêts. Si la solvabilité est contestable, *si vero non valde locuples fuerit*, on exigera la sûreté d'un fidéjusseur, et, à son défaut, la caution juratoire avec garantie hypothécaire. Mais si le légataire est complètement insolvable, et qu'il ne puisse fournir de fidéjusseur, le débiteur du legs le gardera, et n'en fournira que les intérêts jusqu'au jour où il sera certain que la condition recevra son accomplissement, *sive secundum modum sacerdotii, sive morte.* Alors seulement le capital reviendra aux héritiers du légataire. Si le légataire contrevient à la condition, en passant à de nouvelles noces, la libéralité meuble ou immeuble pourra aussitôt être revendiquée par les intéressés, en quelques mains qu'elle se trouve et avec tous ses accessoires, *tanquam si neque datum fuisse videretur.*

Ces dispositions s'appliquent aussi bien au cas où c'est un époux qui a fait à son conjoint une libéralité sous cette

condition, qu'à celui où c'est un étranger qui dispose en faveur de l'un ou de l'autre.

Justinien termine ce chapitre en expliquant à quelles personnes les garanties doivent être fournies, et à ce sujet il confirme une doctrine que nous avons eu déjà l'occasion de signaler : les légataires peuvent *accipere quod relictum est, et nullam cautelam dare*, si le testateur les en a dispensés : *tunc enim sequenda est defuncti voluntas*. Nous remarquerons que dans tout le cours de cette constitution, on trouve la donation à cause de mort rapprochée du legs ¹, ce qui corrobore l'opinion qui a été plus haut émise, à savoir que c'est bien aux testaments, et non aux actes entre-vifs, que la *donatio mortis causa* doit être assimilée en ce qui concerne les conditions illicites et immorales.

Si l'on veut résumer cette doctrine sur les conditions relatives aux seconds mariages, on peut se rendre compte que les Romains consacraient des entraves déjà bien sérieuses à la liberté du mariage. Chez eux, on ne rencontre pas encore bien développé ce sentiment, ce besoin de la liberté morale qui a acquis de nos jours une si grande importance. Cette liberté recevait son plus grand échec dans le cas de mariage imposé avec une personne déterminée. Mais on ne doit pas s'en étonner, dans toutes les législations anciennes, les testaments contenaient des dispositions de ce genre. Le philosophe Aristote, testant sous l'empire de la loi athénienne, dit : « Lorsque ma fille sera nubile, on la donnera à Nicanor ; s'il lui arrive quelque malheur, et qu'elle meure avant de se marier ou sans laisser d'enfants, Nicanor sera maître de disposer de mon fils et de tous mes biens. » Démosthène, le père du célèbre orateur, légua sa

¹ V. notamment le § 9, *pr.*

filles à son neveu Démophon avec une dot de deux talents, et il disposa même de sa femme en faveur d'un autre neveu Aphobus, chargé de l'épouser avec une dot de quatre-vingts mines. Ni l'un ni l'autre du reste ne contractèrent mariage, mais ils dissipèrent la dot, ce qui fut le sujet de l'un des premiers plaidoyers de Démosthène. Selon le droit athénien, les filles étaient exclues par les mâles, il ne leur était dû qu'une dot, et, à défaut de fils, les plus proches parents pouvaient revendiquer la succession, mais en réclamant en même temps les filles. Dans ce cas encore, il est permis au père de disposer de ses biens comme il l'entend, mais il ne peut les léguer sans disposer en même temps de ses filles. Tel est le cachet de toutes les législations antiques, et il serait remarquable que Rome eût échappé d'une façon complète à leur influence.

La rupture d'un mariage par le divorce produit souvent des effets aussi malheureux que l'injonction du célibat, aussi la clause qui tendrait à faire du divorce la condition d'une libéralité devrait être réputée non écrite si la disposition est à cause de mort, elle annulerait l'acte s'il était entre-vifs.

En ce qui concerne les actes de dernière volonté, étant reconnu que la mère ne peut pas imposer le divorce à sa fille ¹, ni le père à ses enfants sortis de sa puissance ², à plus forte raison, un étranger ne le peut-il pas. Aussi Ulpien décide que si le droit d'usage d'une maison a été légué à une femme sous la condition *si a viro divortisset*, la femme n'en pourra pas moins retenir le legs, en continuant de demeurer avec son mari : *remittendam ei conditionem, et cum viro habitaturam, quod et Pomponius libro quinto probat* ³.

¹ L. 4, C., *De repud.*, V, 17.

² L. 5, C., *eod. tit.*

³ L. 8, § 1, D., *De usu et habit.*, VII, 8.

Pour les actes entre-vifs, la doctrine n'est pas moins formelle : *Pacta ne liceret divertere, non valere, et stipulationes quibus pœnæ irrogentur ei qui quæve divorcium fecisset ratas non haberi constat*. Et l'on en donne le motif général : *libera esse matrimonia antiquitus placuit* ¹. Mais encore faut-il, en vertu de cette loi même, que le divorce n'ait pas été prévu dans le contrat comme une simple éventualité, et sans que les parties aient eu l'intention d'exercer une influence quelconque sur la volonté.

Nous pensons que ce texte peut servir à combattre et à réfuter la doctrine qui a été émise relativement aux conditions concernant les mariages, et qui est celle de notre ancien droit français : on a soutenu, en effet, contrairement à la règle générale de la législation romaine, que, par exemple, la défense absolue de se marier, illicite, et non écrite dans les testaments, devait au contraire être regardée comme licite dans les dispositions entre-vifs; qu'une telle défense, loin d'annuler l'acte en entier, devait alors recevoir sa complète exécution. Or, nous constatons que cette doctrine établissant une exception, il faudrait pour la soutenir un texte formel qui fait complètement défaut. Tout au contraire, nous trouvons dans la loi 2, précitée, la preuve que les conditions qui entravent la liberté des mariages annulent les contrats dans lesquels elles se rencontrent.

D. De la condition *jurisjurandi*.

A Rome, il arrivait fréquemment que pour donner une plus grande autorité à ses dispositions, le testateur imposait à la personne qu'il gratifiait la condition de jurer qu'elle

¹ L. 2, C., *De inut. stipul.*, VIII, 39.

accomplirait scrupuleusement tel ou tel fait mis en condition. Or, il fut reconnu bientôt que cette clause présentait un double inconvénient. Quelques individus pratiquent un mépris regrettable pour tout ce qui touche à la religion ; or, dans ces sentiments, ils prêteront facilement le serment que le testateur exige d'eux, à seule fin de s'emparer de la libéralité, tout en se promettant de ne rien accomplir des charges qui leur sont imposées sous la foi du serment. Dans les termes du testament, la condition se trouve complètement accomplie par le serment ; si après coup la personne gratifiée se parjure en n'accomplissant pas le fait qui lui a été imposé, nul moyen n'existe qui permette de lui retirer le bénéfice de la libéralité. D'autres personnes, au contraire, poussent jusqu'à la superstition la crainte de la divinité, à tel point qu'elles n'oseraient en aucune circonstance prêter serment, alors même qu'elles auraient la ferme intention de s'y conformer scrupuleusement. Ainsi, elles perdront la libéralité qu'elles méritaient.

C'est dans ces circonstances que le préteur intervint avec beaucoup de sagesse. Il déclara, dans son édit, que la condition du serment serait effacée, et que le fait imposé resterait seul obligatoire : *ita enim aut facientes admitterentur, aut non facientes deficerentur conditione* ¹. Cette remise de la condition a lieu de plein droit, sans qu'il soit besoin *adire prætorem* ; *semel enim in perpetuum a prætore remissum est, nec per singulos remittendum* ².

Cette loi contient un commentaire d'Ulpien sur cet édit, il en résulte qu'il reçoit son application non seulement dans les institutions d'héritiers, mais encore dans les legs,

¹ L. 8, pr., D., *De condit. instit.*, XXVIII, 7.

§ 8, *ibid.*

les fidéicommiss, les donations à cause de mort ¹. Si à la condition du serment vient s'en adjoindre une autre : *magis est ut remitti iusjurandi conditio debeat, licet alii conditioni parendum habeat*. Ce n'est que l'application du principe que nous avons posé, à savoir, que les conditions d'un testament ne sont effacées que pour la partie qui est illicite ou immorale. Mais une décision plus remarquable est consacrée dans le paragraphe suivant. *Si sub iusjurandi conditione sit institutus, aut si decem millia dederit, hoc est alternata conditione* ; dans cette hypothèse, contrairement au principe général qui exigerait que des deux parties de l'alternative, celle-là subsiste seule qui est reconnue licite, Ulpien décide que tout sera effacé : *ne alia ratione, alia conditio eum urgeat ad iusjurandum* ².

On voit que cette condition se comporte d'une façon toute particulière ; elle présente encore une autre originalité : réputée illicite dans les dispositions de dernière volonté, elle produit au contraire tout son effet dans les actes entre-vifs, au lieu de les rendre nuls. Nous avons pour le décider un texte formel : *Est enim justa conventio, si qualibet causa in conditione iusjurandi deducta fuerit* ³. Il est vrai que l'on peut objecter que l'hypothèse à la suite de laquelle se trouve la conclusion que nous venons de rappeler prévoit le serment imposé comme condition sur un fait passé, *si Capitolium non ascendisse*, et que la condition du serment n'est rejetée, même dans les dispositions à cause de mort, que si ce serment concerne un événement futur. Du reste, les principes du droit indiquent que l'on ne peut priver quelqu'un du droit de déférer le serment sur un événement passé, douteux et controversé. Mais

¹ §§ 1, 2, 3, *pr.*, D., *De condit. instit.*, XXVIII, 7.

² §§ 4, 5, *ibid.*

³ L. 39, D., *De iusjur.*, XII, 2.

la conclusion de la loi 39 est trop générale et trop précise pour que nous ne l'acceptons pas telle. Cette décision doit d'autant mieux être admise, que les inconvénients inhérents à la condition du serment, jointe à un testament, ne se rencontrent plus ou avec bien moins de force dans les actes entre-vifs.

La jurisprudence romaine a même consacré deux exceptions à la doctrine résultant de l'édit. La première existe lorsqu'un legs a été fait à une communauté d'habitants *si jurassent*, et Paul, se préoccupant de la manière dont cette condition pourra être accomplie, répond qu'elle n'est pas impossible, mais que le serment devra être prêté *per quos municipii res geruntur*¹. Ce qui implique que dans ce cas, la *conditio jurisjurandi* n'est pas remise. Cette exception est bien naturelle, car les représentants d'une cité sont des personnes considérables qui ne seront pas tentées de se parjurer, et qui n'ont pas assez de faiblesse de caractère pour refuser le serment par simple superstition. Une seconde exception existe lorsque la *conditio jurisjurandi* est apposée à un legs de liberté : *si quis libertatem sub jurisjurandi conditione reliquerit, edicto prætoris locus non erit, ut jurisjurandi conditio remittatur, et merito ; nam si quis remiserit conditionem libertatis, ipsam libertatem impedit : dum competere aliter non potest quam si paritum fuerit conditioni*². Pour expliquer cette exception, il faut rappeler que la personne gratifiée, acquérant ordinairement en vertu de l'édit la libéralité à elle faite en dehors des termes exprès du testament, ne pouvait demander qu'une *bonorum possessio*, ou exercer des actions utiles, car son droit n'est pas fondé sur le droit

¹ L. 97, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1.

² L. 12, pr., D., *De man. testam.*, XL, 4.

civil, mais sur le droit prétorien. Or, si on arrivait par ce droit au résultat désiré lorsqu'il s'agissait d'un bien quelconque à acquérir, il ne pouvait en être de même lorsqu'il s'agissait de la liberté. Ici, en effet, aucune liberté prétorienne n'existe analogue à la propriété prétorienne. Il faut donc, lorsque l'on veut acquérir cette liberté, passer nécessairement par les modes du droit civil, or ce droit permet de l'obtenir *testamento*, mais à la condition que toutes les clauses du testament seront remplies. Rien ne peut ici dispenser de l'exécution d'une condition sans laquelle aucun résultat ne se produira.

SECTION III.

Des charges & des conditions résolutoires impossibles, illicites & immorales.

Nous dirons en terminant quelques mots des effets produits par le caractère impossible, illicite ou immoral, qui viendrait s'adjoindre au *modus* ou à la condition résolutoire, observations qui n'auraient pu trouver place dans le cours de l'étude sur la condition suspensive, sans rompre l'unité de nos explications.

§ 1^{er}.

Du mode impossible, illicite ou immoral.

Une disposition est faite *sub modo*, lorsque le disposant y a attaché, pour celui qui est gratifié, une obligation de faire ou de donner quelque chose en considération de la libéralité : *Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret veluti monumentum testatori, aut epulum municipibus faceret, vel ex eo, ut partem alii resti-*

tueret, sub modo legatum videtur ¹. Et s'il s'agit d'une disposition entre-vifs, par l'adjonction d'un *modus*, elle ne devient pas un contrat onéreux, à la condition toutefois que le *modus* n'absorbe pas toute la donation : *Aristo ait : cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert* ².

La grande différence qui existe entre le mode et la condition est que le premier ne suspend pas la disposition, il suppose la libéralité acquise avant son accomplissement, et il ne peut amener que la résolution du droit du gratifié, au cas de défaut d'exécution par sa faute : *Nec enim parem dicemus eum cui ita datum sit, si monumentum fecerit, et eum cui datum sit, ut monumentum faciat* ³.

Le mot *si* indique généralement la condition, et l'expression *ut* le mode, bien que souvent la forme de la condition soit employée pour exprimer un véritable mode, et réciproquement. A Rome, le *modus* se confond avec la cause, non pas la cause finale, qui le plus souvent ne se trouve pas mentionnée dans la disposition, et que les textes appellent *ratio legandi* ⁴, et qui se réfère au présent ou au passé ⁵, mais bien la cause impulsive, qui a en vue un fait ou une prestation à venir, et dont il est parlé au Digeste sous les expressions de *causa non secuta*.

Si le *modus* n'est pas exécuté par la personne gratifiée, le donateur ou les héritiers du testateur peuvent exercer le *jus pœnitendi*, et répéter l'objet de la libéralité, au moyen d'une action personnelle, la *condictio ob rem dato-*

¹ L. 17, § 4, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1.

² L. 18, *pr.*, D., *De donat.*, XXXIX, 5.

³ L. 80, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1.

⁴ L. 72, § 6, *eod. tit.*

⁵ L. 12, *eod. tit.*

rum : Dictam legem donationi, si non impossibilem contineat causam ab eo qui hanc suscepit, non impletam, condictioni facere locum, juris dictat disciplina. Quapropter, si titulo liberalitatis, res tuas in sponsam conferendo, certam dixisti legem, nec huic illa, cum posset, paruit, successores ipsius, de repetendis quæ dederas, si hoc tibi placuerit convenire non prohiberis ¹. C'est le seul droit qui appartenait primitivement au donateur.

Plus tard, outre le droit de répéter les biens donnés, qu'il peut exercer même par une *vindicatio utilis* : *nam non solum condictio quidem tibi in hoc casu, id est in personam actio jure procedit, verum etiam vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt* ², il a encore le droit d'exiger directement l'exécution du mode, comme si le gratifié avait contracté à son égard une réelle obligation : *'legem quam rebus tuis donando dixisti... incerto judicio, id est, præscriptis verbis, apud præsidem provinciæ debes agere, ut hanc impleri provideat* ³.

Si le *modus* est imposé en faveur d'un tiers, celui-ci est dans le dernier temps du droit considéré comme ayant lui-même stipulé : on lui donne une action *ex stipulatu utilis* : *Cum postea benigna juris interpretatione, divi principes ei qui stipulatus non sit utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserint* ⁴. Le mode est même considéré comme disposant sous forme de fidéicommis en faveur du tiers qui a, en conséquence, l'action *ex fideicommisso* ⁵.

¹ L. 8, C., *De condict. ob rem datam*, IV, 6. — L. 2, eod. tit.

² L. 1, C., *De donat. quæ sub modo*, VIII, 55.

³ L. 9, C., *De donat.*, VIII, 54.

⁴ L. 3, C., *De donat. quæ sub modo*, VIII, 55.

⁵ L. 2, C., *De his quæ sub modo legat.*, VI, 45.

Enfin, si le mode ne regarde que le gratifié lui-même, il n'est considéré que comme un simple conseil, et nul ne peut le contraindre à l'exécuter : *Titio decem donavi ea conditione, ut inde Stichum sibi emeret, quæro cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam?... mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit* ¹.

Mais toutes ces solutions supposent, lorsqu'elles donnent lieu à une action, qu'il s'agit d'un mode licite et possible : *dictam legem donationi, si non impossibilem contineat causam*, dit une loi citée plus haut : ce qui établit bien que si le mode est impossible, et on y assimile nécessairement le mode illicite, nul ne peut contraindre la personne gratifiée à son exécution, et nul ne peut non plus exercer de répétition pour défaut d'accomplissement de la charge. Cette loi le déclare pour la donation entre-vifs, nous devons le dire *a fortiori* pour les dispositions à peine de mort.

Ainsi, contrairement à la condition, le mode impossible ou illicite est réputé non écrit dans les actes entre-vifs. C'est là un résultat de la grande différence que nous signalions tout à l'heure, à savoir : que le mode ne suspend pas la libéralité comme la condition, et qu'en conséquence, la personne gratifiée en possession de la libéralité par la volonté même du donateur ne peut en être privée parce qu'elle n'aura pas accompli une charge impossible ou contraire à la loi. Le mode se conduit donc de la même manière dans tous les actes à titre gratuit, qu'ils soient entre-vifs ou à cause de mort, lorsqu'il est impossible, illicite et immoral. Il n'a cependant pas échappé, en dehors de ce cas, à certaines distinctions provenant de la différence même des actes où il se trouve. S'il s'agit d'un acte entre-vifs, le donataire

¹ L. 2, § 7, D., *De donat.*, XXXIX, 5,

peut se mettre immédiatement en possession, sans fournir aucune caution, et, en effet, si le donateur avait désiré qu'il en fournît, il n'eût pas manqué de l'indiquer dans son propre intérêt. Si la disposition est testamentaire, le légataire chargé du *modus* doit au contraire fournir des garanties, à moins qu'il n'en ait été formellement dispensé par le disposant, *negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum quod defunctus voluit* ¹.

Des auteurs ajoutent encore une autre distinction : Pour que la libéralité soit résolue, si le mode n'est pas exécuté, il faut que la personne gratifiée ait été interpellée, s'il s'agit d'une donation entre-vifs ; cela n'est pas nécessaire en face d'une disposition testamentaire ². Mais cette différence n'est pas établie par les textes, qui ne prévoient que l'hypothèse où il s'agit d'un legs et qui décident en général que le délai fixé par le testateur une fois écoulé, l'accomplissement postérieur du *modus* serait sans effet, alors même que le légataire n'aurait pas été interpellé ³.

§ 2.

De la condition résolutoire, illicite ou immorale.

La condition résolutoire joue à Rome un rôle bien moins important que la condition suspensive. Elle est cependant une expression si naturelle de la volonté, elle répond à des besoins si communs, qu'elle n'a pas échappé aux études des jurisconsultes.

Pour nous, étudiant les effets que peut produire une condition résolutoire impossible, illicite ou immorale, jointe

¹ L. 19, D., *De leg.* 3°, XXXII.

² L. 46, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1.

³ L. 41, § 12, D., *De fideicommiss. libert.*, XL, 5.

à une donation entre-vifs ou testamentaire, c'est sur l'acte lui-même qui contient la libéralité que nous devons étudier ces effets, et non sur les droits et les obligations qui peuvent naître de ces actes. Cette observation a sur la matière une importance capitale. Pour n'en donner qu'un exemple, si l'on envisage un contrat productif d'obligation on translatif de propriété, l'obligation ou la propriété qui en naissent ne pourront être stipulée ou mancipée *ad conditionem*, de même qu'elles ne pourraient l'être *ad tempus*, car d'une part la condition n'est pas un mode d'extinction des obligations : *quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi* ¹, et d'autre part la propriété à Rome est considérée comme un droit absolu qui n'est pas susceptible d'être limité dans sa durée ; or, l'établir *ad conditionem* eût été l'établir avec une cause d'extinction *tempore* qui est contraire à son essence. Aussi, comme conséquence et comme sanction, l'obligation *ad conditionem* continue à subsister selon le droit civil, après l'arrivée de la condition, et ne peut être écartée que par des moyens détournés, l'exception *pacti conventi vel doli mali* ². D'autre part, la propriété transférée *ad conditionem* est considérée comme une convention illicite qui annule l'acte tout entier, *quum ad tempus proprietas transferri nequiverit* ³.

Au contraire, si l'on se place dans l'hypothèse où la condition résolutoire affecte l'acte lui-même, nous rencontrons des contrats qui peuvent sans aucune difficulté être

¹ L. 44, § 1, D., *De oblig. et action.*, XLIV, 7.

² L. 44, § 2, D., *eod. tit.*

³ Frag. Vat., § 283. Il semblerait que dans ce cas, l'acte dût rester valable tout en maintenant la propriété *in perpetuum*, conformément à ce qui était admis pour les obligations. Il n'en est rien, les textes sont formels à ce sujet. Cependant, il faut noter que dans le cas de servitudes prédiales constituées *ad conditionem*, elles étaient maintenues *in perpetuum* et l'acte restait valable, (L. 4, D., *De servit.*, VIII, 1.)

sonmis à une telle condition, dans ce sens que si l'événement prévu arrive, le contrat lui-même sera résolu par suite du mutuel dissentiment des parties, ceci pour les contrats qui produisent des obligations. Quels sont ces contrats? Ce sont évidemment ceux qui se forment *mutuo consensu*. Ceux-là seuls peuvent en effet se dissoudre *mutuo dissensu*; nous citerons la vente, le louage, la société, le mandat. Les textes ne nous fournissent des exemples que pour la vente ¹, qui est faite notamment sous condition résolutoire, dans tous les cas où elle renferme la *lex commissoria* ². Mais cette solution doit être étendue à tous les contrats qui se forment *solo consensu*, et à tous les pactes. Dans ce cas, les obligations qui résultent de ces contrats disparaîtront, mais ce ne sera pas par l'arrivée de la condition, mais bien parce que le contrat qui leur a donné naissance aura disparu lui-même.

De même, si l'on se place en face d'actes entre-vifs, translatifs de propriété, nous en trouvons un, la tradition, qui se plie à toutes les exigences de la volonté, et qui est susceptible d'une condition résolutoire telle que si elle vient à se réaliser, la tradition elle-même disparaîtra, et avec elle la propriété à laquelle elle avait donné naissance, sans que l'on puisse dire que cette propriété a disparu *tempore*.

Nous concluons que l'hypothèse d'une condition résolutoire impossible, illicite ou immorale, ne pourra se présenter dans une donation entre-vifs, que si cette donation s'est effectuée au moyen d'un pacte ou d'une tradition. Si la libéralité est testamentaire, l'hypothèse ne pourra jamais se présenter, car les Romains n'admettaient

¹ L. 3, D., *De contrah. empt.*, XVIII, 1.

² L. 1, D., *De leg. comm.*, XVIII, 3.

pas l'institution d'héritier *ad conditionem*, elle eût été contraire à la règle *semel heres semper heres* ; ils ne connaissent pas non plus le legs *ad conditionem* ; dans ce cas, ils se servaient d'un legs pur et simple avec révocation sous condition suspensive, disposition qui ne produisait pas du tout le même effet que le legs sous condition résolutoire, car celui-ci, conformément à la logique, eût dû être délivré immédiatement, sauf à être restitué plus tard si la condition venait à se réaliser ; tandis que la combinaison employée suspendait le droit du légataire, comme une véritable condition suspensive ¹.

La condition résolutoire ne pouvait affecter une disposition testamentaire que dans le cas d'une institution d'héritier faite *ad conditionem* par les militaires, car on sait que ceux-ci n'étaient pas soumis à la règle *semel heres semper heres* ² ; ou encore depuis Justinien dans les legs, si l'on admet que la possibilité de transférer la propriété *ad tempus*, admise par ce prince, eut pour conséquence de faire admettre les legs sous condition résolutoire, ce qui est douteux.

Nous connaissons donc les cas dans lesquels une libéralité peut se présenter affectée d'une condition résolutoire. Comment se comporte cette condition, si elle est impossible, illicite ou immorale ? Les textes ne nous fournissent pas la solution ; cependant, en se conformant aux principes, nous fournirons la distinction suivante.

S'agit-il d'une libéralité par acte entre-vifs, si la condition est impossible, celle-ci seule disparaîtra, sera réputée non écrite, et la personne gratifiée conservera la libéralité dont elle est nantie : c'est là une décision conforme en tout

¹ L. 10, pr., D., *De adim. vel transf. legat.*, XXXIV, 4.

² L. 15, § 4. — L. 41, pr., D., *De testam. milit.*, XXIX, 1.

à la volonté des parties ; si la condition est illicite ou immorale, le caractère de cette condition ne manquera pas de rejaillir sur l'acte tout entier, que nous annulerons alors pour le tout. Cette solution est d'autant plus juste, que sans elle la règle qui annule les dispositions entre-vifs faite sous condition suspensive illicite n'aurait plus de portée ; on n'aurait en effet, pour l'éviter, qu'à transformer la condition suspensive en condition résolutoire, et à soumettre la résolution au fait inverse.

S'agit-il au contraire d'une disposition testamentaire, et nous rappelons que pour cela il faut supposer un testament militaire et peut-être un legs fait postérieurement à Justinien, nous pensons que la condition résolutoire impossible, illicite ou immorale, devra être simplement effacée, et nous sommes d'autant plus porté à le croire qu'ici les personnes gratifiées sont nanties, et que l'on rentre ainsi dans la règle générale qui statue que les institutions *ad tempus vel ad conditionem* sont réputées pures et simples, et que la présomption doit toujours exister en faveur de la volonté libérale.



ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Si du droit romain nous passons à notre droit français ancien, nous retrouvons les mêmes modes de disposer à titre gratuit.

Les formalités de la *donation entre-vifs* furent réglées par l'ordonnance de 1731. Elle est faite devant deux notaires, ou un notaire assisté de deux témoins, et il doit en rester minute à peine de nullité (art. 1^{er}). Si certaines coutumes la soumettent à quelques conditions particulières destinées à mieux assurer l'intention et la liberté du donateur, ces conditions doivent en outre être remplies (art. 25). La formalité de l'insinuation est aussi confirmée par l'art. 20 de cette ordonnance. Les art. 19 et 22 n'en dispensent que les donations faites par contrats de mariage en ligne directe, celles d'objets mobiliers dont la tradition suit immédiatement, ou encore celles qui n'excèdent pas la somme de 1,000 livres.

La *donation à cause de mort* existait dans les pays de droit écrit, où elle était pratiquée selon les principes du droit romain. Quant aux pays de coutumes, beaucoup l'avaient rejetée expressément, d'autres semblaient ne pas la connaître, d'autres enfin la consacraient en lui donnant la forme des testaments. L'ordonnance de 1731, art. 3, décida que toutes donations à cause de mort, à l'exception de

celles qui se feraient par contrat de mariage, ne pourraient à l'avenir avoir aucun effet, dans les pays mêmes où elles seront expressément autorisées par les lois ou par les coutumes, que lorsqu'elles auront été faites dans la même forme que les testaments et les codicilles, en sorte qu'il n'y ait plus que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit : la donation entre-vifs et les testaments. On s'accorde cependant à en conclure que la donation à cause de mort ne fut pas abolie par cette ordonnance, qui n'en régla que la forme. Elle conserva encore une grande utilité dans les pays de droit écrit.

Les *substitutions* et les *fidéicommiss* furent admis en France avec bien des modifications résultant de la variété des coutumes, surtout en ce qui concerne la liberté de disposer par testament. Ils furent organisés par l'ordonnance de 1747, qui entre autres dispositions remarquables, défendit que les substitutions pussent s'étendre au delà de deux degrés, non compris le donataire ou le légataire ¹. Ces sortes de dispositions finirent par être considérées comme des abus qui disparurent par la loi du 14 novembre 1792.

Le *droit d'élire* était fréquemment pratiqué dans toute la France, où il était employé comme un moyen donné à l'époux qui précédait d'assurer à l'époux survivant, investi de la faculté d'élire, le respect et la soumission de ses enfants. Toutefois, dans certaines coutumes, qui n'admettaient pas la substitution fidéicommissaire par testament, on consacra le droit d'élire sous une forme toute nouvelle, qui consistait à instituer pour héritière la personne qui serait choisie par un tiers désigné. L'ordonnance de 1735 réglementa le droit d'élire.

¹ V. RICARD, *des Substitutions*, partie I, traité 3, chap. 1^{er}, et le préambule de l'ordonnance de 1747.

Le *partage d'ascendants* passa dans les pays de droit écrit, conformément au droit romain. Quant aux pays de coutumes, les uns l'admettaient, d'autres le rejetaient, et encore parmi les premiers quelques-uns donnaient le droit de faire le partage aux père et mère seulement, quelques-uns à tous les ascendants. C'est la même ordonnance de 1735 qui en fixa les formalités ¹.

Les *testaments* et les *codicilles*, dont l'usage semble remonter en France aux époques les plus reculées, présentaient cependant de grandes différences, selon le pays où ils étaient faits. En pays de droit écrit, selon l'ordonnance de 1735, art. 4-21, 39-40, il y avait deux sortes de testaments, le nuncupatif écrit, et le mystique. La forme olographe y était réservée aux testaments *inter liberos*, aux militaires, et aux dispositions en faveur des églises ou des pauvres ; comme en droit romain le codicille n'exigeait que cinq témoins, y compris le notaire. En pays de coutume, le testament ou le codicille était nuncupatif, olographe, ou reçu par personne publique ; comme l'institution d'héritiers n'y était jamais permise, la forme mystique, qui primitivement avait pour but d'empêcher que les héritiers du sang connussent d'avance leur exhérédation, ne présentait plus de nécessité, aussi avait-elle été rejetée. Encore, selon les art. 22-26, suffisait-il de deux notaires, ou un notaire et deux témoins, et les testaments pouvaient être reçus par les greffiers, les officiers municipaux, les curés et desservants.

A ces formes anciennes de disposer à titre gratuit, vinrent s'ajouter deux autres qui ont une origine étrangère au

¹ En pays de dr. écrit, voir FURGOLÉ, *Testaments*, ch. II, section 1, et ch. VIII, section 1, n^{os} 142 et s.

En pays de coutumes, voir AUROUX DES POMMIERS, *Coutumes générales et locales du pays et duché de Bourbonnais*. Sur l'art. 216.

droit romain : la démission de biens, et l'institution contractuelle, deux modes de disposer qui naquirent du besoin d'assurer une libéralité, sans être tenu de s'en dessaisir immédiatement, comme cela avait lieu dans la donation entre-vifs.

La *démission de biens* est définie par Pothier : *Un acte par lequel une personne, en anticipant le temps de sa succession, se dépouille, de son vivant, de l'universalité de ses biens, et en saisit d'avance ses héritiers présomptifs, en retenant néanmoins le droit d'y rentrer quand elle le jugera à propos* ¹. On avait décidé que l'ordonnance de 1731, qui n'avait consacré que deux formes de disposer : la donation entre-vifs et le testament, n'avait pas abrogé la démission de biens, celle-ci n'étant qu'une exécution anticipée de la loi sur les successions ².

L'*institution contractuelle*, autrement appelée *pacte ou convenance de succéder*, a une origine des plus anciennes et aussi des plus obscures ³, on peut la définir la donation irrévocable de la succession de l'instituant. Elle se distinguait à la fois de la donation entre-vifs qui dépouille le donateur dès l'instant du contrat, et de la donation à cause de mort qui est essentiellement révocable. Elle ne pouvait être faite que par contrat de mariage, et saisissait les futurs époux ou leurs descendants. Les institués pouvaient cependant être valablement chargés d'associer au bénéfice de l'institution d'autres personnes que l'on voulait gratifier, et qui ne se mariaient pas. Les descendants de

¹ *Introd. à la coutume d'Orléans*. Appendice, § 1.

² RICARD, *Donations*, t. I, part. I, n^{os} 994 et s. — LEBRUN, *Succession*, liv. I, ch. I, section 5. — FURGOLE, *Testaments*, ch. VIII, section 1^{re}, n^{os} 168 et s. — POTHIER, *loc. cit.*

³ RICARD, *Donations*, part. I., ch. IV, section 2, dist. 3, n^o 1052. — LEBRUN, *Successions*, liv. III, ch. II.

l'institué lui étaient tacitement substitués en cas de prédécès avant celui de l'instituant. L'institution contractuelle ne devait pas être nécessairement acceptée d'une façon expresse, elle ne devait pas non plus être insinuée; et l'on décidait, par analogie de l'art. 39 de l'ordonnance de 1731, que l'institution était révocable pour survenance d'enfants ¹.

Notre ancien droit consacrait le droit romain en ce qui concerne les effets des conditions impossibles, illicites et immorales dans les dispositions entre-vifs et testamentaires ².

Les pays de coutume eux-mêmes avaient adopté [sur ce point la jurisprudence des pays de droit écrit comme usage et comme règle.

Le principe était en général admis sans discussion; il n'y avait de divergences que relativement à certaines applications. On en trouve les traces dans Ricard et Furgole; nous aurons l'occasion de le constater.

Ricard, en matière de legs, s'exprime ainsi ³: *Dans le combat d'une prétendue condition qui ne peut pas subsister et d'un legs qui a pour fondement la volonté du défunt, il n'y a pas de difficulté que la condition doit s'évanouir, et le legs demeurer en sa force; vu même que le testateur a témoigné qu'il aimait mieux que la chose appartînt au légataire qu'elle demeurât en sa succession, de sorte que, n'ayant eu la pensée de lui ôter que dans l'événement d'une condition qui se détruit soi-même, il n'y a pas de doute qu'elle doit lui demeurer absolument.* L'auteur établit donc sa décision sur la volonté libérale prédominante du disposant et l'interprétation de

¹ Sur les principes qui régissaient l'institution contractuelle, voir POTHIER, *Introd. au tit. XVII de la cout. d'Orléans*. — FURGOLÉ, *Observations sur l'ord. de 1731*, art. 13 et 39. — AUROUX DES POMMIERS, *Cout. du Bourbonnais*, art. 219 et 220. — CHABROL, *Cout. d'Auvergne*, tit. XIV, art. 26 et 33.

² POTHIER, *Introd. au tit. XVI de la cout. d'Orléans*, n° 64.

³ *Dispos. condit.*, liv. II, ch. v, § 2, n° 223.

cette volonté : le testateur a commis une erreur, *mendum*, qu'il eût supprimée s'il l'eût connue ¹.

Pour les contrats *suivis de stipulations*, la solution est contraire ; là, les conditions doivent produire tous leurs effets : c'est que *ces actes sont le travail des deux parties intéressées, elles sont présumées avoir travaillé sérieusement* ².

Cependant, certains esprits qui ne restaient pas asservis au droit romain et recherchaient dans la raison la justification de ses décisions que d'autres acceptaient aveuglément, n'étaient pas satisfaits des motifs indiqués pour distinguer en notre matière les testaments des contrats.

Grotius déclarait que la faveur dont jouissaient les testaments devait être rayée de nos règles de droit, parce qu'il est hors de toute vraisemblance que le testateur sain d'esprit veuille donner réellement, alors qu'il attache à sa libéralité une condition impossible ³.

C'était la reproduction des discussions qui avaient précédé l'adoption définitive de la décision romaine.

Vinnius interprétant le passage des Institutes relatif à la matière ajoute : *D. Grotio videtur hanc interpretationem minus convenire moribus nostris ; nam cum in his regionibus omnem supremam dispositionem interpretamur secundum id, quod propius vero est sensisse testatorem, nobis hujusmodi institutionem, potius pro ridicula, et nullam habendam esse, ut etiam ipsi Romani in cæteris causis id intellexerunt, dempta ultima voluntate* ⁴.

C'est évidemment l'opinion de Grotius qui a fait dire à

¹ L. 37, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 4.

² RICARD, *loc. cit.*, n° 228.

³ GROTIUS, *Introd. ad jurispr. Hollandiæ*, liv. II, ch. XVIII, n°s 32, 33. — GRÆNEWEGEN, *ad* § 10. *Instit. de hered. instit.*, cité par VOET., *ad Pandectas*, ib. 28, tom. VII, n° 16, *in fine*.

⁴ *Inst. de hered. instit.*, n° 10, § 3.

Ricard ¹ : *A l'exemple de ce que les lois décident, en ce qui concerne les stipulations, il y en a qui veulent que le même ait lieu à l'égard des dispositions testamentaires. Ils reconnaissent que si la disposition est conçue en termes négatifs, in non faciendo, s'il ne boit pas toute l'eau de la mer, il est bien juste que, sans avoir égard à la condition, le legs soit exécuté ; parce que, dans ce cas, l'impossibilité de la condition rend le legs parfait et accompli dès son principe. Mais ils prétendent au contraire que, si la condition est exprimée en termes affirmatifs, in faciendo, l'impossibilité ne doit pas la rendre sans effet, et qu'elle doit emporter la nullité de la disposition, faute de pouvoir exécuter ce que le défunt a désiré pour lui donner lieu.* Ricard réfute ensuite l'opinion de Grotius en citant des lois romaines qui supposent des conditions impossibles conçues en termes affirmatifs ².

Mais lui-même, qui critiquait ces idées nouvelles tendant à amener l'assimilation des testaments aux donations, ne pouvait s'empêcher d'en reconnaître dans une certaine mesure la justesse. Après avoir constaté que c'est par une présomption de volonté que la condition impossible est rejetée dans les legs, il déclare que s'il apparaissait une volonté claire du testateur de rendre sa disposition inutile par l'apposition d'une condition impossible, le legs serait nul ; mais, ajoute-t-il, cette volonté ne se suppose pas, ce sera à l'héritier qui demandera la nullité du legs à la prouver ³.

C'est avec peine que l'auteur, défenseur convaincu du principe, fait cette concession qui, selon le droit de l'époque, aurait dû peut-être être plus étendue.

Denisard, en effet, rappelant cette proposition de Ricard,

¹ *Loc. cit.*, n° 230.

² L. 16, D., *De injust. rupt.*, XXVIII, 3. — 6, D., *De condit. instit.*, XXVIII, 7.

³ RICARD, *loc. cit.*, n°s 226, 227.

ajoute : *Ce sentiment est susceptible de beaucoup de difficultés ; nous croyons que l'on peut seulement douter si un legs dont les termes annonceraient plutôt un jeu qu'une disposition sérieuse serait déclaré valable en pays coutumier. Nous voulons parler des legs ainsi conçus : si Titius a bu toute l'eau de la mer, et autres semblables ; les arrétistes ne citent pas d'exemple de pareilles dispositions qui aient été confirmées* ¹.

Ainsi, bien que le droit romain soit généralement accepté dans toute la France, il est possible de constater dans les pays du nord une tendance bien accentuée à assimiler les testaments aux donations. Grotius en représente les idées avancées.

Dans les pays du midi, au contraire, on conserve scrupuleusement le droit romain. On pousse même aussi loin que possible ses conséquences. Ainsi, partant du point de vue que les conditions impossibles, illicites ou immorales sont réputées existantes dans les donations, parce que les parties s'étant trouvées en face l'une de l'autre ont discuté leurs intérêts et agi en connaissance de cause, on en arrive à décider que certaines conditions, celle de ne pas se marier, par exemple, réputée contraire aux lois dans les testaments, devait, au contraire, être regardée comme licite dans un acte entre-vifs, et recevoir son exécution.

Que cette condition ait été regardée comme licite dans les donations, l'art. 25, tit. 1^{er} de l'ord. de 1747 sur les substitutions le prouve, en indiquant à quel moment, et par quels moyens elle sera réputée accomplie ou défaillie.

Que cette même condition ait été au contraire considérée comme illicite dans un acte de dernière volonté, de nombreuses décisions le prouvent. Nous citerons deux ar-

¹ Nouveau recueil, v^o *Condition*, § 2, n^{os} 3 et s.

rêts rendus, le 21 nivôse an ix et le 20 janvier 1806, par la cour de cassation, qui avait été appelée à constater la jurisprudence ancienne sur ce point.

Le dernier s'exprime ainsi : *Que la condition absolue de ne pas se marier était réprouvée comme contraire à l'utilité publique et regardée comme non écrite dans les dispositions testamentaires ou à cause de mort ; mais qu'une semblable condition, si elle était apposée dans les contrats, était valable et devait être exécutée, parce qu'ils sont l'ouvrage de la volonté des parties qui ont stipulé selon leurs vues et selon leurs intérêts* ¹.

En ce qui touche les charges impossibles, illicites et immorales, apposées aux donations et aux testaments, le droit ancien supprimait toute distinction. Denisard résume la jurisprudence : *Nul doute que les donations, les conventions et les legs, qui renferment des charges qu'il est impossible de remplir, sont valables, nonobstant le défaut d'exécution de volonté du donateur ou du testateur. Les charges contraires aux lois, aux bonnes mœurs ou à la liberté sont regardées comme impossibles et comme non écrites, on n'oblige pas le donataire ou le légataire à les exécuter* ².

Et Ricard en donne le motif : *La charge se purifie plus facilement que la condition, et dans les cas où celle-ci ne doit pas être considérée, celle-là doit l'être encore moins* ³. *La condition affecte tellement la substance du legs, qu'il ne peut avoir son effet qu'avec elle, au lieu que la charge n'empêche pas que la disposition ne subsiste d'elle-même, et que le donataire n'entre en possession*

¹ CHABOT, *Questions transitoires*, v^o Conditions concernant les mariages, t. I, p. 121.

² DENISARD, v^o Condition, § 5, n^o 7.

³ *Loc. cit.*, ch. IV, n^o 87.

de la chose donnée auparavant qu'il ait satisfait à la charge. De sorte que, comme le droit de celui qui possède est toujours le plus favorable, si lorsqu'il s'agit d'exécuter la charge, le donataire ne peut pas l'accomplir par quelque accident, qui ne procède d'ailleurs que de sa négligence ou de son fait, les choses doivent demeurer en l'état qu'elles se trouvent, et le donataire doit conserver la possession qu'il a une fois acquise en vertu d'un titre légitime ¹.

Pour tous les actes à titre gratuit que nous retrouvons dans notre droit français, et qui ont leur source dans le droit romain, nous n'avons rien à modifier à la répartition que nous en avons faite entre les actes entre-vifs et les dispositions testamentaires ; quant à l'application de la règle qui régit les conditions impossibles, illicites et immorales. Mais dans quelle classe faut-il placer la démission de biens et l'institution contractuelle, modes nouveaux de libéralité ?

La démission de biens essentiellement révocable, n'étant que l'exécution de la loi successorale, avait trop d'analogie avec une disposition de dernière volonté pour qu'on ne lui appliquât pas les règles des testaments en ce qui concerne la condition. Quant à l'institution contractuelle, elle avait de plus grands rapports avec la donation entre-vifs, elle était en effet irrévocable, et si elle ne dépouillait pas immédiatement l'instituant de la libre possession de ses biens, elle n'en produisait pas moins un effet actuel en enlevant à l'instituant le droit de disposer à titre gratuit. Une telle disposition se rapproche davantage des contrats, par l'indisponibilité dont se trouvent frappés les biens de l'instituant et par l'irrévocabilité. Il est vrai qu'elle ne doit pas néces-

¹ RICARD, *loc. cit.*, n° 89.

sairement être acceptée, mais c'est là une conséquence particulière de la nature du contrat de mariage auquel l'institution se trouve nécessairement jointe. Nous lui appliquerons donc les règles de la condition dans les donations entre-vifs.

Tel était notre droit, lorsque la révolution vint le bouleverser, pour appuyer les idées politiques nouvelles sur des bases solides, en jetant jusque dans le droit civil les fondements de son nouvel édifice.



DROIT INTERMÉDIAIRE

L'Assemblée constituante avait été saisie d'un projet de loi sur les successions ; elle n'eut pas le temps de le discuter, mais dans une de ses dernières séances, l'art. 32 de ce projet fut détaché, comme répondant à des besoins plus pressants, et voté par l'Assemblée : c'est la loi des 5-12 septembre 1791.

Toute clause impérative ou prohibitive, qui serait contraire aux lois et aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté religieuse du donataire, héritier ou légataire, qui gênerait la liberté qu'il a, soit de se marier, même avec une telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui tendrait à le détourner de remplir les devoirs imposés, ou d'exercer les fonctions déferées par la constitution aux citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite. Cette loi, ainsi que l'intitulé le constate, était relative aux donations comme aux testaments, le texte du reste le rappelle, puisqu'il y est parlé du légataire et du donataire.

Ainsi la révolution étendait aux donations le principe romain si contesté en matière de testament. En le faisant, elle n'avait jamais songé à établir une règle juridique ; à ce point de vue, elle eût été dans l'impossibilité de justifier sa décision. Elle voulait avant tout prendre une mesure poli-

tique, établir une défense entre elle et les ennemis du nouveau régime, affermir la constitution.

N'était-ce pas au moyen des libéralités que les personnes riches qui avaient le plus à souffrir du nouvel état de choses pouvaient se créer des adhérents ? N'était-ce pas par les libéralités que l'on pouvait arriver à enchaîner les consciences, et maintenir attachés aux anciens principes des individus qui, livrés à leur propre mouvement, eussent acclamé la révolution ?

Il fallait supprimer ce moyen donné à la loi civile et ancienne pour échapper à l'empire de la loi politique et moderne : *Autrement, s'écrie Barère ¹, la constitution sera violée impunément, la haine de la révolution se cachera sous les formes respectables de la volonté des mourants ou de la générosité des donateurs ; enfin, l'aristocrate, l'intolérant et l'ennemi des principes de notre constitution, commanderont encore dans le tombeau. C'est à vous de faire cesser une contradiction aussi frappante entre les lois politiques et les lois civiles, entre les volontés particulières et la volonté générale ; la constitution seule doit triompher.*

Le législateur de 1791, obéissant à de telles idées, ne devait s'occuper que des conditions et des charges concernant l'ordre public, c'est-à-dire des clauses contraires aux lois et aux bonnes mœurs. C'est ce qu'il fit, laissant de côté les clauses impossibles. Celles-ci restèrent donc sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, réputées non écrites dans les actes de dernière volonté, rendant nuls les actes entre-vifs.

On peut cependant faire observer que, relativement aux

¹ *Moniteur* du 6 septembre 1791. — MERLIN, *Quest. de dr.*, t II, p. 487, v^o Condition, § 1.

clauses concernant l'ordre public, cette loi fut d'une rigueur que ne justifiait pas même l'affolement de ces innovateurs, craignant le retour offensif des préjugés sociaux anciens. Voulant mettre à l'abri de toute surprise cette liberté politique, cette liberté individuelle et de conscience qu'ils avaient conquise, ils décident que toute clause qui *gènerait* cette liberté sera réputée non écrite. Le gratifié sera dispensé à l'avenir de s'imposer la plus petite contrainte pour accomplir la volonté de son bienfaiteur. La loi n'intervient-elle pas ici pour refuser tout honneur à la mémoire d'un testateur, toute reconnaissance au donateur ? Une trop grande latitude dans les expressions n'avait-elle pas en outre l'inconvénient de laisser aux tribunaux un champ trop vaste d'appréciation ?

Cette loi fut encore aggravée par celle du 5 brumaire de l'an II, art. 1^{er}, qui déclare illicite la condition de ne pas se remarier, et par celle du 27 nivôse de l'an II, qui répute non écrites toutes les clauses de ce genre, dans les actes passés même avant la loi du 5 septembre 1791.

Toutefois, cet effet rétroactif qui était inique fut supprimé par la loi du 9 fructidor de l'an III.

Telle est la législation sur la matière pendant l'époque intermédiaire. La distinction si ancienne, faite entre les donations et les testaments en matière de conditions illicites et immorales, était supprimée. L'ancien droit était au contraire maintenu quant aux conditions impossibles et aux charges de toute nature.



CODE CIVIL

(Art. 900)



En principe une personne peut apposer à une libéralité telle condition et telles charges qui lui conviennent. Libre de ne pas donner, *a fortiori* peut-elle disposer avec toutes les restrictions qui lui plaisent. La charge doit même être envisagée avec faveur par la loi, qui le plus souvent a entouré les donations de conditions de formes irritantes, les restreint dans leur *quantum*, en un mot, les entoure de difficultés. D'autre part, la condition n'a rien de contraire au caractère capital de la donation, le dépouillement actuel irrévocable ; elle est en complète harmonie avec le caractère du testament qui a la volonté du testateur pour règle suprême.

A ce principe de liberté, la loi a cependant apporté des exceptions. Il y en a qui sont écrites dans l'article 896 qui prohibe certaines charges de conserver et de rendre, sous le nom de substitutions ; dans l'article 944, selon lequel certaines conditions annulent la disposition. Une autre se trouve dans l'art. 900 Code civil, qui est ainsi conçu : *Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs seront réputées non écrites.* La loi emploie le mot conditions, mais cette expression comprend

également les charges ; le code n'a pas entendu en effet en cette matière se séparer de la jurisprudence ancienne, du moins celle de l'époque intermédiaire, la loi de 1791, parlant de *clause* en général.

Il n'est du reste pas étonnant que la loi confonde dans l'expression *conditions* la charge et la condition proprement dites, quand on l'a vue se servir du mot conditions pour désigner la charge seule, comme il arrive dans les articles 953, 954, 956, où il est traité de la révocation des donations pour inexécution des charges ¹.

De profondes différences séparent cependant la condition de la charge ou mode ².

1° La principale consiste en ce que la condition, si elle est suspensive, suspend la naissance même du droit ; avant son accomplissement, rien n'existe ; dans tous les cas, au contraire, la charge suppose la libéralité existante : ce n'est qu'après que le gratifié a été mis en possession de la chose donnée qu'il est tenu d'exécuter le mode ³.

La différence apparaît moins frappante si l'on compare le mode à la condition résolutoire, en cas de non-accomplissement, mais il y a encore entre les deux toute la distance qui sépare la révocation de la résolution.

2° Le donataire peut toujours ⁴, lorsque la charge est ap-

¹ Mais une clause qui a la forme extérieure d'une charge peut être une réelle condition : ce sont les juges qui décideront. En cas de doute, on devra plutôt présumer le mode que la condition, car, dit M. Troplong, n° 354 : « le mode n'empêche pas que la disposition ne soit pure, or, une disposition pure étant plus pleine et plus parfaite qu'une disposition conditionnelle, on doit se décider pour le parti le plus favorable. »

² La condition contribue à former la volonté, et ne peut en être séparée ; la charge est une clause qui, dans l'esprit de celui qui contracte, a un caractère essentiellement accessoire, de telle sorte que cette clause puisse être retranchée de l'acte, sans aller à l'encontre de la volonté de celui qui a disposé.

³ AUBRY et RAU, § 701. — TROPLONG, art. 900, § 352. — DENISARD, *loc. cit.*, § 2, n° 15. — RICARD, *Dispos. conditionnelles*, t. II, ch. IV, n° 70.

⁴ AUBRY et RAU, § 706, nos 10 et 11.

préciable en argent, et au moins dans la limite de sa libéralité, être contraint par les tiers, par le donateur ou ses héritiers, d'exécuter cette charge introduite en leur faveur ¹.

Au contraire, le donataire reste toujours seul maître de faire évanouir ou de retarder les conditions apposées à la libéralité, et qui dépendent de sa volonté.

3° La condition ne sera pas exécutée, ou elle devra l'être d'une façon stricte, dans les termes mêmes de la disposition qui la contient. On s'accorde au contraire pour reconnaître que la charge peut être accomplie non seulement en partie, mais même par équipollent. C'était déjà la solution de nos anciens auteurs ².

4° Enfin la condition est une modalité qui peut affecter toute espèce de convention. Le mode, au contraire, ne peut affecter que les libéralités ; dans un contrat à titre onéreux il ne serait qu'une partie intégrante du contrat, et non une modalité. Et, en effet, on ne peut dire qu'il y a charge que dans le seul cas où l'on ne serait tenu de rien donner, c'est-à-dire dans le cas de libéralité.

On a prétendu que la charge devait être assimilée à une condition résolutoire *potestative* négative ³, parce que toutes deux ne font que résoudre la convention, si l'on n'y

¹ Si le gratifié était poursuivi pour l'exécution d'une charge qui dépassât la libéralité, la plupart des auteurs soutiennent qu'il pourrait abandonner cette libéralité, car il ne serait tenu, dit-on, que *ob rem*. Je crois que c'est une erreur, le gratifié est tenu personnellement de son obligation avec toutes ses conséquences. Je ne vois pas en vertu de quel principe on le déchargerait. Du reste, les juges conserveraient toujours le pouvoir de décider si, dans l'esprit du donateur, celui-ci n'avait pas l'intention de limiter la charge à la libéralité ; il y a aussi le bénéfice d'inventaire, pour protéger le légataire qui craint de voir la charge dépasser le legs.

² DESISARD, *loc. cit.*, § 5, n° 3.

³ TROPLONG, *Donations*, nos 295 et 353. V. aussi AUBRY et RAU, § 302, n° 78 ; § 707 bis.

satisfait pas. Il est vrai que la résolution causée par l'accomplissement d'une telle condition entraîne l'obligation de restituer les fruits perçus *medio tempore*, c'est que la mauvaise foi se trouve exister dans ce cas de résolution, comme dans la révocation pour inexécution des charges. Mais la révocation se distingue encore de la résolution en ce que celle-ci opère sans mise en demeure (art. 1139) (argument 1183), sans jugement (art. 956) nécessaire. Il pourrait bien intervenir un jugement, mais qui ne statuerait que sur l'existence de la condition. Enfin, la résolution se produit sans qu'il puisse être accordé au donataire ou légataire un délai pour satisfaire aux prescriptions du disposant.

Le mode se sépare donc complètement de la condition, mais si la distinction est facile à établir en théorie, en pratique il sera souvent très difficile de constater si le disposant a voulu apposer à sa libéralité un mode ou une condition. Ce sont les tribunaux qui auront à apprécier le caractère de la modalité ¹.

On a pu se rendre compte que l'intérêt de cette distinction basée sur la nature même de ces deux modalités réside principalement dans l'exécution du mode ou de la condition et dans les effets de l'exécution. Or, l'art. 900 dont nous nous proposons de fournir le commentaire, partant de ce

¹ MM. AUBRY et RAU, § 701, n° 8, pensent trouver un criterium pour distinguer la charge de la condition. S'il s'agit, disent-ils, d'un fait ou d'une prestation appréciables en argent, et susceptibles d'être accomplis par un tiers, on supposera la charge ; dans le cas contraire, on devrait supposer la condition. Cette règle ne repose à notre avis sur aucun principe, elle n'a en sa faveur que l'heureux hasard de se trouver en conformité avec quelques décisions pratiques. On doit plutôt, pour trancher cette question, rechercher l'intention du disposant que la nature du fait ou de la prestation sur lesquels porte la discussion. Et de cette intention les tribunaux sont les seuls juges. Du reste, les anciens auteurs avaient déjà un avis conforme. RICARD, *Dispos. condit.*, I, n° 16 et s. FURGOLE, *Testam.*, VII, section 3, n°s 38 et s.

point que les modalités dont il s'occupe ne peuvent ou ne doivent pas être exécutées, il n'est pas étonnant qu'il ait compris les charges sous le mot conditions. Nous savons déjà que le législateur se conformait sur ce point à la tradition. Nous n'aurons donc pas nous-même à distinguer dans notre étude les charges des conditions, si ce n'est dans la partie qui sera consacrée à l'examen du principe.

Après avoir recherché dans une première partie le fondement de cette disposition édictée par l'art. 900, examiné si elle est bien rationnelle et en harmonie avec les autres parties du code civil, nous étudierons dans une seconde partie les principales difficultés que cet article a soulevées dans son application.



CHAPITRE I^{er}.

EXAMEN DU PRINCIPE.

C'est l'art. 900 du code civil qui a rendu complète l'abrogation de la distinction romaine entre les donations entre-vifs et les testaments. Nous avons vu ces principes anciens fortement ébranlés par les lois intermédiaires ; le code, se ralliant à la nouvelle thèse législative, en a poussé encore plus avant les conséquences. C'est cet art. 900 qui forme actuellement la seule règle en la matière, toutes les dispositions antérieures ayant perdu leur force, par suite de la loi du 30 ventôse de l'an XII, art. 7, qui abroge toutes les lois anciennes, en ce qui concerne les matières qui ont été traitées dans le code ¹. Or, l'art. 900 s'occupe d'une manière générale des conditions apposées aux donations et aux testaments, on ne pourrait donc plus se baser sur les lois des 5-12 septembre 1791, 5 brumaire et 17 nivôse an II, pour décider si telle condition est illicite ou contraire aux mœurs ; les juges sont devenus en cette matière souverains appréciateurs, car l'article parle d'une façon générale des conditions contraires aux lois et aux mœurs, sans entrer dans aucun détail. Il en résulte que certaines conditions qui devaient être rejetées sous l'empire des lois précitées doivent

¹ Cependant M. Laurent est d'un avis contraire. Voy. t. I, n° 27, et t. XI, n° 440, *Principes de droit*.

au contraire, aujourd'hui, être considérées comme valablement apposées à une disposition.

Nous connaissons les antécédents de cette législation nouvelle, nous devons maintenant la juger et rechercher les motifs qui l'ont fait accepter. C'est là une des parties les plus délicates de notre travail.

§ 1^{er}.

L'article 900 est-il rationnel ?

Quand il s'agit d'apprécier l'art. 900 au point de vue rationnel, on se retrouve en présence des nombreuses controverses qui avaient laissé longtemps Gaius dans la plus grande perplexité. La question restée de même nature a pris de plus vastes proportions. Les Sabinien et les Proculien argumentaient pour décider si l'on devait distinguer entre le testament et la donation. Aujourd'hui, on se demande pourquoi distinguer entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit. Pourquoi établir pour ceux-ci une théorie différente en ce qui concerne la condition ?

Je laisse ici de côté l'art. 900 envisagé au point de vue des charges, car les modalités de ce genre sont à bon droit réputées non écrites dans les actes à titre gratuit, comme dans les actes à titre onéreux, lorsqu'elles sont contraires aux lois ou aux mœurs, ou impossibles. Cette solution est au-dessus de toute critique, et repose sur la distinction établie précédemment entre la nature de la charge et celle de la condition.

Il est à remarquer tout d'abord que la règle qui, pour les actes à titre onéreux, veut que les conditions impossibles, illicites et immorales soient nulles et rendent nul l'acte lui-même, a été acceptée de tout temps et sans aucune

contestation : cela n'indique-t-il pas qu'elle satisfait complètement la raison ? Au contraire, la règle qui efface simplement les conditions de cette espèce dans les testaments, en droit romain, dans tout acte à titre gratuit, suivant le code, a donné lieu à de continuelles controverses ; c'est là le signe manifeste d'une imperfection contre laquelle de nombreux esprits se révoltent.

On comprendrait la nécessité d'une règle distincte si la disposition concernant les actes à titre onéreux avait sa raison d'être dans le caractère onéreux de l'acte ; mais il n'en est rien, cette disposition est basée sur la nature seule de la condition, qui, étant un élément même de l'acte dans lequel elle se présente, ne saurait être séparée de lui.

La volonté se manifeste par un ensemble d'énonciations qui, réunies, composent la forme matérielle sous laquelle cette volonté nous apparaît et peut être étudiée. Ces énonciations s'enchaînent, elles se servent peut-être de cause réciproque pour former la volonté, une idée qui est une. Elles forment un tout indivisible. Si donc l'une d'elles disparaît, immédiatement l'idée disparaîtra, une autre idée viendra lui succéder.

La condition n'est qu'un genre particulier de ces énonciations qui servent à la manifestation de la volonté. En un mot, la condition n'est que cette volonté elle-même : si la condition est vicieuse, la volonté aussi est vicieuse, et l'on comprend que le législateur, qui a pour devoir d'assurer le respect des lois et des mœurs, la supprime par un acte tout-puissant de sa volonté : c'est justice. Si la condition est impossible, la volonté aussi est impossible, c'est-à-dire inexécutable, irréalisable, et la loi, en déclarant la manifestation de la volonté nulle dans ce cas, ne fait que sanctionner une chose existante.

C'est l'application de ces principes que renferme la loi

relativement aux conditions dans les actes à titre onéreux. Elle est si rationnelle que l'on comprend qu'elle n'ait jamais été l'objet d'aucune attaque : supprimer la volonté impossible, illicite ou immorale, tel est bien en effet le droit de la loi. Mais qu'à cette volonté clairement manifestée elle vienne en substituer une autre, c'est un acte d'arbitraire qui, en matière d'intérêt privé, ne saurait être justifié ; car le domaine de la loi civile cesse, dans cet ordre d'idées, là où l'ordre public, la loi, les mœurs, ne sont plus atteints.

Maintenir une convention en supprimant simplement la condition impossible ou illicite serait déposséder en partie l'individu qui l'a stipulée, exercer contre lui une vengeance indigne, car la loi a déjà reçu complète satisfaction par l'annulation de la volonté première ; une injustice, car la partie a peut-être stipulé dans l'ignorance des lois, ou en l'absence d'un sens moral assez développé. Aussi l'art. 1172 statue : *Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.*

Mais la condition, dans les actes à titre gratuit, possède-t-elle donc une autre nature ? N'est-ce pas ici encore un élément de l'acte, l'acte lui-même ? N'est-ce pas la même volonté, faisant tout à l'heure une convention à titre onéreux, qui donne maintenant ou teste sous les mêmes conditions ? Pourquoi la loi, dans ce dernier cas, ne se contenterait-elle pas d'annuler la disposition ¹ ?

Différents systèmes ont été proposés pour rendre compte de l'art. 900 :

1° *Un premier se base sur le caractère accessoire de la condition en général et son inexistence juridique si elle est impossible ou illicite.*

¹ AUBRY et RAU, § 302, 2°.

Certains auteurs ¹ ont soutenu qu'en effet, dans les actes à titre gratuit, la condition n'est généralement qu'une clause accessoire, à laquelle, dans la pensée du disposant, la libéralité elle-même n'est pas subordonnée et qui n'empêche pas que le but prédominant qu'il se propose soit de gratifier le donataire ou le légataire. On a donc pu considérer que c'était se conformer à sa volonté, que d'effacer la condition accessoire, pour faire prévaloir la disposition principale.

Il n'est pas douteux que dans un acte à titre gratuit pur et simple, il n'y ait comme cause une volonté libérale pure et simple. Mais cette cause sera une volonté libérale conditionnelle, si la disposition est conditionnelle, car la condition ne saurait jamais être séparée de l'idée qu'elle contribue à manifester, et avec laquelle elle forme un tout indivisible. Il n'y a pas de clause accessoire et de clause principale, il n'y a qu'une volonté qui est unique. .

Il ne faut voir dans cette théorie qu'une de ces nombreuses explications, sans précision, sans base solide, par lesquelles on sentait le besoin d'appuyer la distinction consacrée pour les testaments. Si cette théorie avait été réellement fondée, le droit romain, notre ancien droit, n'eussent pas manqué de l'étendre à la donation. Ne pourrait-on pas établir, en effet, que dans la donation, la volonté libérale est plus éclatante encore ? le disposant se dépouillant actuellement, et indiquant ainsi qu'il préfère le gratifié, même à lui-même.

Ces mêmes auteurs ajoutent que ces conditions doivent d'autant plus être supprimées, qu'elles ne constituent pas des *conditions véritables*. Ricard disait déjà que de telles conditions ne pouvaient ni suspendre ni résoudre une dis-

¹ DEMOLOMBE, XVIII, n° 202. — DONEAU, *Comm.*, VI, 16, 18. — RICARD, n°s 223 et s., *loc. cit.*

position, car elles ne sont pas des conditions proprement dites. C'est là une erreur ; il est vrai que ces conditions sont condamnées dès leur naissance à la stérilité, mais elles n'en jouissent pas moins de leur nature propre, qui est d'être un élément de la volonté qui, dans le cas actuel, s'est manifestée stérile. Pourquoi, du reste, ces mêmes clauses produisent-elles un effet incontesté dans l'hypothèse de l'art. 1172 ?

2° *Un second système voit dans l'art. 900 une pénalité.*

Est-ce que la personne qui donne sous une condition illícite ou immorale serait plus coupable que celle qui fait une convention à titre onéreux sous les mêmes conditions ? On l'a soutenu, et on a trouvé dans ce fait le motif de la distinction de la loi. La première personne, en se dépouillant sans rien acquérir en échange, attache plus de prix à l'exécution de la condition que la seconde, pour laquelle cette même exécution n'entre que pour une part, dans l'appréciation des prestations réciproques qui doivent être fournies. La loi aurait alors le droit de se montrer plus rigoureuse, et se plaisant à déjouer les projets du disposant, non contente d'annuler sa volonté, elle mettrait à sa place une volonté contraire.

Non, cette idée est inexacte, la loi n'a pas à exercer de vengeance ni de vexation de cette sorte ¹, son rôle consiste à se défendre et à anéantir les obstacles qui s'opposent à

¹ Telle est cependant la thèse qui a été développée à la Cour de cassation par M. l'avocat général Ronjat au sujet de l'arrêt du 17 juillet 1883, S. 84, 1, 308. « Les auteurs du C. civ. connaissent la législation intermédiaire, la loi du 5 septembre 1791, et l'application qu'elle avait reçue ; ils modifient cette législation, non pour la rendre moins dure aux conditions illicites, pour la rapprocher des principes généraux, mais au contraire pour la rendre plus sévère, pour l'écarter davantage des principes.... Il n'est pas admissible que les auteurs du C. civ. aient voulu modifier l'esprit de la législation intermédiaire, respecter mieux que par le passé la volonté du disposant. On peut affirmer que les auteurs du Code avaient la ferme volonté d'assurer la transmission des

son accomplissement ; du reste la loi ne punit jamais la volonté coupable.

De plus, à supposer que cette idée fût suffisante pour justifier la disposition de la loi relative aux conditions illicites et immorales, elle serait sans effet en ce qui concerne les conditions impossibles. Ici la loi n'a pas à punir. Le disposant a manifesté une volonté incapable de produire aucun effet. Il a voulu ne rien faire : c'était son droit. Pourquoi la loi ne laisse-t-elle pas cette volonté telle ? Pourquoi intervient-elle pour consacrer un acte juridique que le disposant a déclaré formellement vouloir repousser ? On peut, dans certains cas, être contraint à vendre, nul ne peut être tenu de donner.

Ceux qui voient dans la disposition de l'art. 900 la sanction d'une désobéissance à la loi, ont soin de faire remarquer combien la réparation de la faute apparaît équitable. Dans un acte à titre onéreux, il y a deux parties en présence, les deux sont coupables, on les punira en faisant perdre à l'une et à l'autre le bénéfice qu'elles espéraient retirer de l'acte, pour cela, on l'annule purement et simplement. Pour les actes à titre gratuit, dit-on, il n'y a qu'un coupable, le disposant ; dans la donation, le donataire est bien présent, mais sa liberté est enchaînée par la libéralité qu'il attend, sa personnalité doit être annulée ; le gratifié ne doit donc pas souffrir, et la loi rétablit en sa faveur une disposition pure et simple.

biens d'après les idées révolutionnaires ; qu'ils voulaient empêcher le retour des abus constatés sous l'ancien régime ; qu'ils n'avaient pas pour la volonté du testateur le même respect que les jurisconsultes de Rome, et qu'en cette matière ils se sont inspirés uniquement de la législation intermédiaire et de la nécessité d'assurer les conquêtes de la révolution. C'est dans cet esprit qu'a été édicté l'art. 900. » Telle n'est cependant pas la doctrine de la Cour de cassation, qui laisse une part à peu près égale à l'autorité de la loi et à la volonté du disposant. V. la note de M. Labbé, *loc. cit.*

Il n'est pas permis de se débarrasser avec plus de facilité d'un principe qui nuit à l'extension d'une théorie ; mais cette explication est encore dangereuse, car n'est-il pas à craindre que l'homme qui n'a pas assez de dignité pour savoir refuser une donation ou un legs auquel il a été apposé une condition honteuse, ne mette un faux point d'honneur à exécuter cette condition quand il sera en possession de la libéralité ? Le meilleur moyen d'empêcher ce résultat est encore de supprimer entièrement la disposition.

On a dit encore : le donataire acceptant n'est pas coupable, car peut-être n'a-t-il consenti que pour empêcher que le donateur ne s'adressât à une autre personne moins scrupuleuse. C'est aller trop loin dans les suppositions : elle peut aussi se faire relativement à chacune des parties qui contractent à titre onéreux, et cependant la loi n'a pas hésité à annuler la convention dans tous les cas ¹.

3° *On invoque l'intérêt général.* — C'est peut-être l'idée de pénalité qui a guidé en partie les rédacteurs des lois intermédiaires, aussi nous savons qu'ils ne s'étaient pas occupés des conditions impossibles. Mais si l'esprit de vengeance est entré pour quelque part dans leur décision, et c'était là le résultat de la lutte terrible qui venait d'exister entre des adversaires irréconciliables, ils obéissaient surtout à un motif d'utilité générale, en intéressant par ce moyen un grand nombre d'individus, les personnes gratifiées et maintenues dans leur droit à la libéralité, à la défense de la constitution.

L'intérêt général pourrait donc, à la rigueur, justifier les lois révolutionnaires dans certaines de leurs dispositions. Aujourd'hui, les principes de la révolution sont bien acquis, la liberté individuelle, politique et de conscience est con-

¹ DURANTON, VIII, n° 110.

crée. Cependant, il y a et il y aura toujours dans un Etat des factions politiques prêtes à user de moyens en apparence légaux, pour renverser l'ordre de choses existant. Maintenant, c'est contre les lois sur l'enseignement, sur les congrégations religieuses et les associations, que sont dirigées les plus violentes attaques ; on pourrait les battre en brèche au moyen de libéralités conditionnelles ; la loi intervient, supprime la volonté conditionnelle et y substitue la volonté pure et simple, conservant ainsi des actes de générosité émanant le plus souvent de personnes dépourvues d'héritiers rapprochés, et qui apportent un secours considérable à l'œuvre si intéressante de l'instruction publique ou aux œuvres de charité et de bienfaisance.

L'art. 900 pourrait donc avoir une raison d'être, en ce qu'il sanctionnerait le respect de notre organisation sociale et apporterait un secours précieux à des institutions d'utilité publique. Mais dans les dispositions d'ordre privé et dans le cas de conditions impossibles, cet article resterait encore non justifié.

4° *On fonde encore l'art. 900 sur l'interprétation de volonté, l'erreur présumée et réparée.* — On a dit : dans les conventions à titre onéreux, les parties se trouvent en face l'une de l'autre, elles discutent les termes de la convention, il est donc à supposer que si elles ont laissé s'introduire une condition impossible, c'est qu'en réalité elles n'ont pas voulu s'engager, elles n'ont fait qu'un badinage, et rien de sérieux, on confirme donc leur volonté en annulant l'acte qui en est la manifestation. S'il s'agit d'une condition illicite ou immorale, les deux parties ont dû la regarder comme impossible moralement, et encore elles sont considérées à bon droit comme n'ayant rien voulu faire de sérieux.

Comment supposer, au contraire, dit-on, qu'un testateur

ait voulu jouer en face de la mort ? Ne doit-on pas supposer plutôt que la condition a été apposée par inattention, ou que sa volonté était de la retrancher s'il l'avait connue illícite ou immorale ? La loi interprétant alors la volonté du testateur annule la volonté conditionnelle, et y substitue une volonté pure et simple.

Evidemment, l'approche de la mort est bien de nature à faire naître des idées sérieuses, le disposant eût mieux fait de ne rien écrire, il se fût montré plus sage ; mais pourquoi interpréter différemment la volonté de l'homme vivant et de l'homme mourant ? Celui-ci, dans son testament, n'est-il pas capable de pousser le ridicule à vouloir rire dans un acte où d'autres s'étudieraient à réunir les pensées les plus sages et les plus religieuses ? On sent combien cette raison est peu solide. Elle était de quelque poids à Rome, où le citoyen entretenait d'une façon sévère le culte des dieux domestiques, dont quelques-uns rappelaient une vie future ; sa valeur va en s'affaiblissant de plus en plus, à mesure que les croyances religieuses s'effacent.

Dans tous les cas, cette réglementation, distincte pour les conditions dans les actes à titre gratuit, serait toujours formellement opposée aux principes qui gouvernent la condition. Aussi savons-nous que les Romains, en la matière, assimilaient la donation aux actes à titre onéreux. En ce qui concerne les testaments, toutes les raisons que les jurisconsultes pouvaient donner pour les séparer des donations étaient fortement établies sur ce besoin intime des Romains de faire acte de maître, à la mort même, en disposant de leurs biens.

Ils obéissaient ainsi à une idée en quelque sorte d'ordre public qui faisait du testament une institution nationale et politique, se rattachant à la puissance paternelle, dont le caractère n'est pas douteux. C'est une idée semblable à celle

qui fit aussi écarter les législateurs intermédiaires de la règle stricte du droit, dans l'intérêt du nouvel ordre social qu'ils venaient de créer.

Chez nous, ce caractère solennel des actes de dernière volonté n'existe plus, c'est la succession *ab intestat* qui a usurpé la faveur accordée autrefois au testament. Le code a, en effet, consacré la théorie des pays de coutumes, qui regardaient la succession *ab intestat* comme venant de Dieu : *Dieu seul fait les héritiers*. Aussi, c'est avec raison que l'on a supprimé la distinction entre les testaments et les donations. Mais au lieu de prendre pour règle commune des actes à titre gratuit celle qui existait pour les testaments, et qui représentait la faveur et l'exception, on eût dû prendre celle qui existait pour la donation, faisant ainsi rentrer le testament dans la règle générale.

Cela eût été d'autant plus rationnel que, dans notre droit, les dispositions à titre gratuit sont vues d'un mauvais œil par la loi, qui n'a cessé de les entourer de nombreuses règles de fond et de forme prescrites à peine de nullité ¹. Dans notre hypothèse, la loi avait l'occasion de donner satisfaction à ses idées de restriction en matière de libéralité, elle pouvait le faire en se bornant à rester dans l'application stricte des principes en matière de conditions. Par une inconséquence injustifiable, dans cette occasion même, elle abandonne les principes, pour arriver à consacrer une disposition contraire à sa théorie générale sur les actes à titre gratuit ².

5° *Intérêt fiscal*. Je ne parle pas des raisons fournies par

¹ V. les art. 931, 943, 944, 945, 948, 1001.

² Ce n'est cependant pas la seule circonstance dans laquelle le code va à l'encontre de la volonté d'un disposant ou d'un contractant en ne respectant pas l'unité de la disposition ou de la convention. C'est ainsi, par exemple, que la loi déclare nulle la renonciation du vendeur à demander la rescision pour cause de lésion des 7/12^{es} et maintient la vente (art. 1674); qu'elle annule

certain auteurs qui prétendent que la disposition de l'art. 900 peut se comprendre facilement, si l'on songe à la gravité des actes auxquels s'applique cet article et à leur importance au point de vue fiscal.

Ces motifs n'ont rien de sérieux, il est vrai qu'ils ne sont présentés que comme secondaires. L'importance d'un acte n'est-elle pas essentiellement relative, et plus il a de gravité, plus on doit s'attacher aux principes pour le régler. Qu'importe au droit que le fisc n'y trouve pas son compte ? Du reste, la donation nulle serait souvent refaite valablement, et si le fisc perd ses droits sur la donation, il reprendra bientôt sa large part lorsque la succession du disposant s'ouvrira.

6° Un dernier système est *particulier à M. Delvincourt*. Cet auteur pense que toute la justification de l'art. 900 repose sur cette idée : que la loi a voulu empêcher l'effet de la malveillance du donateur, en favorisant le donataire qui n'obtempérerait pas à la condition. Nous avons jugé cette explication. Mais l'auteur en tire cette distinction : le donataire a accompli la condition ou non. Dans le premier cas, il est indigne de la protection de la loi, et toute action doit lui être refusée, autrement dit, la donation est nulle, et l'art. 900 ne reçoit pas son application, car on ne se trouve pas dans son esprit. Dans le second cas, au contraire, il mérite d'être favorisé, et il n'y a pas d'inconvénient de le récompenser aux dépens du donateur. Qu'il me suffise de dire que cette théorie est en contradiction formelle avec l'art. 900 qui consacre une libéralité pure et simple, que la condition ait été remplie ou non.

toute stipulation du vendeur pour la non-garantie de ses faits personnels, et maintient encore la vente (art. 1628); qu'elle annule la clause pénale tout en maintenant le contrat (1227); qu'elle permet au réservataire de faire réduire la libéralité excessive, quels que soient les termes exprès de la disposition.

Nous concluons que l'art. 900 ne nous semble pas rationnel ¹ et ne saurait se justifier, si ce n'est toutefois dans l'hypothèse où l'ordre public est intéressé, et où il est bon que la donation demeure. Alors, l'intérêt général, l'utilité publique, supérieurs à l'intérêt et à l'utilité privés, peuvent servir à justifier une substitution de volonté à une autre, mais la disposition n'en reste pas moins contraire aux principes sur la condition.

Bien plus, l'opposition que nous constatons ici avec ces principes surpasse celle qui existerait si la loi avait appliqué la théorie de l'art. 900 aux actes à titre onéreux. En effet, pour un acte à titre gratuit, la loi, substituant sa volonté à celle de l'homme, le dépouille, le dépouille malgré lui, et tout à fait gratuitement. Pour les actes à titre onéreux, ce dépouillement ne serait que partiel, le contractant conservant le plus souvent le droit aux prestations qui rendent la convention onéreuse.

La loi eût donc dû assimiler complètement les donations et les testaments aux actes à titre onéreux, relativement aux conditions. En le faisant, elle eût enlevé tout intérêt aux controverses ; elle eût supprimé toutes les difficultés qui peuvent naître de la confusion si fréquente entre des actes de nature différente et qui ont tant de points de ressemblance.

Etant donné un acte, lui appliquera-t-on les art. 1172 ou 1131, sur les conventions onéreuses, ou l'art. 900, sur les actes à titre gratuit ? Autrement dit, il faudra délimiter avec soin le champ d'application de chacun de ces articles. Nous aborderons ces questions lorsque nous aurons recher-

¹ M. Ronjat, avocat général, dans ses conclusions, S. 84, 1, 308, tout en adoptant le système interprétatif de la loi présenté par M. Laurent, s'écarterait de la doctrine de ce dernier en reconnaissant que le système de l'art. 900 était inexact au point de vue rationnel et philosophique.

ché quelle est celle des explications que nous venons de critiquer qui a été adoptée par les rédacteurs.

La critique de cette théorie est faite par la grande majorité des auteurs, et cependant le principe de l'art. 900 a été accepté par plusieurs codes postérieurs au nôtre ¹. Le code sarde ² a conservé la distinction ancienne entre les donations et les testaments. Le code autrichien ³ fait une distinction autre : la libéralité faite sous une condition impossible, illicite ou immorale est nulle si la condition est suspensive, elle est regardée comme pure et simple si la condition est résolutoire. Cette décision, meilleure en ce qu'elle se trouve en pratique plus souvent d'accord avec les principes, n'en porte pas moins avec elle la trace d'une erreur. La condition résolutoire est en effet, comme la condition suspensive, un élément de la volonté qui ne peut en être séparé sans que celle-ci soit anéantie. Les législateurs autrichiens ont peut-être été victimes d'une ressemblance apparente entre la condition résolutoire et la charge, qui permettent l'une et l'autre au gratifié de se mettre avant tout en possession de la libéralité, et de s'y maintenir ensuite, grâce à la défaveur qui s'attacherait à une revendication basée sur le non-accomplissement d'une condition impossible ou déshonnête. Nous avons distingué la charge de la condition et nous savons que celle-là seule peut avec justice être réputée non écrite.

Mais le code Frédéric ⁴ et le code prussien ⁵ avaient déjà consacré franchement l'assimilation des contrats à titre gratuit et à titre onéreux, marchant ainsi sur les traces des

¹ Code du canton de Vaud, art. 539. — Code des Deux Siciles.

² Tit. 5, art. 1140 ou art. 821 du Code spécial aux testaments.

³ § 698.

⁴ T. II, part. 2, liv. 7, tit. XIII, § 5, n° 1.

⁵ T. I, n° 584.

jurisconsultes anciens Grotius, Heinnecius, dont l'autorité était grande dans les pays d'outre-Rhin, et qui les premiers avaient parlé au nom de la raison. Le code Frédéric déclare : *le testateur, en imposant de pareilles conditions, est censé avoir bien formellement déclaré que son intention n'est pas plus de les avoir pour héritiers, qu'il n'est dans leur pouvoir d'accomplir de pareilles conditions.*

Nous résumons notre opinion en déclarant que la disposition de l'art. 900 est une de celles qui, dans notre code, appellent une réforme.

§ 2.

Quel est le motif qui a guidé les rédacteurs ?

Quelle que soit la valeur des explications qui ont été fournies sur l'art. 900, il faut connaître quelle est celle qui a dicté réellement cette disposition ¹. La discussion de la loi ne nous donne aucune indication sur ce point, et elle laisse le champ libre à toutes les conjectures.

Cependant, si l'on réfléchit que les rédacteurs n'ignoraient pas la théorie ancienne qui distinguait les testaments en la matière, on est bien autorisé à penser que s'ils ont assimilé les donations aux actes de dernière volonté, c'est qu'ils ont simplement étendu aux donations les motifs donnés pour les testaments, c'est-à-dire la présomption d'erreur, *men-dum*. Le disposant n'eût pas laissé subsister la condition impossible ou illicite s'il l'eût connue telle, étant donné qu'il avait une idée bien arrêtée, avant tout libérale, par

¹ V. Rev. critique, 1884, p. 541 et s., différents systèmes d'interprétation de l'art. 900, résultant de la doctrine et de la jurisprudence, notamment des arrêts de cass., des 20 nov. 1878, 17 juillet 1883 et 12 mars 1884.

laquelle il entendait préférer le gratifié à ses héritiers. *C'est la théorie de l'erreur et de l'interprétation de volonté supposée libérale* ¹.

Le testament ou la donation procèdent d'une volonté libre, qui se manifeste sans que personne l'ait sollicitée, elle agit d'une façon spontanée. Il est naturel que, vu cet esprit de générosité ², on procède à une interprétation plus large de la disposition, alors surtout qu'il s'agit de supprimer des obstacles qui s'opposaient à son accomplissement. C'est là l'idée adoptée par les anciens commentateurs ³ du droit romain et par la plupart des auteurs actuels ⁴.

Ce motif est donné avec d'autant plus de raison comme celui de la loi, que celle-ci dans sa nouvelle théorie a consacré une autre assimilation : celle des conditions avec les charges dans les actes entre-vifs; or, pour celles-ci, la faveur qui s'est toujours attachée à elles et les a fait considérer comme non écrites provient bien de ce que, vu leur caractère de clauses accessoires, l'esprit de générosité veut que l'on passe outre à leur accomplissement. Pour les rédacteurs, un oubli leur a fait considérer aussi les condi-

¹ C'est la doctrine développée par M. Bertauld. M. Bertauld, *Quest. prat. et doct.*, s'exprime ainsi : « L'art. 900 n'est pas un texte impératif, c'est un texte purement interprétatif. Il présume que dans la donation le donateur a voulu surtout et avant tout être libéral.... on suppose que le donateur s'est trompé.... que sans son erreur ou son illusion, il eût affranchi sa donation des conditions auxquelles la loi fait obstacle. »

² TROPLONG, § 221, p. 296, *in fine*.

³ RICARD, *Dispos. condit.*, n° 223 et s.

⁴ GRENIER, *Des donations et testam.*, p. 684, 685, critiqué par Bayle Mouillard, annotateur. L'autorité de M. Grenier est d'autant plus grande qu'il était secrétaire de la section de législation qui s'était formée au sein du tribunal, pour recevoir la communication officieuse, après que le projet avait été débattu au conseil d'Etat. Il rédigeait les procès-verbaux de ces discussions secrètes. Voy. aussi : VAZEILLES, *Des succ., donat. et testam.*, art. 900, t. II, p. 73. — DEMANTE, III, n° 16 et 16 bis. — TROPLONG, *Donat.*, I, n° 212. — DEMOLOMBE, XVIII, n° 202 et s. — DURANTON, VIII, n° 105. — AUBRY et RAU § 692.

tions comme des clauses accessoires ; elles se comporteront donc comme les charges, et pour les mêmes motifs ¹.

¹ La jurisprudence a pris une doctrine intermédiaire entre celle qui substitue complètement la loi à la volonté du disposant qu'elle réprouve, et celle qui voit dans l'art. 900 une interprétation de la volonté du disposant dont on ne doit jamais s'écarter, surtout si elle est expresse. Les arrêts tendent à distinguer la volonté qui a présidé à la donation et celle qui a inspiré la condition, ils respectent toujours la première, mais non la seconde. N. de M. Labbé, S. 84, 1, 303.



CHAPITRE II.

ÉTENDUE D'APPLICATION DE L'ARTICLE 900.

Le champ d'étendue de l'article 900, pour être délimité d'une façon complète, doit l'être : 1° au point de vue des actes dont cet article a voulu parler sous le nom de *dispositions entre-vifs ou testamentaires* ; 2° au point de vue des clauses comprises dans la dénomination de *conditions impossibles, contraires aux lois et aux mœurs*.

SECTION I^{re}.

Actes auxquels l'article 900 s'applique.

On s'accorde à décider que la règle de l'article 900 s'applique d'une façon générale à toutes les dispositions à titre gratuit ¹. En effet, l'idée qui a guidé la loi est commune à tous les actes qui sont inspirés par l'esprit de libéralité. Le texte, il est vrai, parle des dispositions [entre-vifs et testamentaires, ne comprenant ainsi strictement que les donations et les testaments qui, selon l'article 893, un peu antérieur, étaient reconnus comme les seuls modes légaux de disposer à titre gratuit. Mais il ne faut pas être plus rigide que la loi elle-même qui, dans l'intérêt de la société, dans le but de provoquer des mariages, de favoriser des arran-

¹ DEMOLOMBE, XVIII, n° 214 bis.

gements utiles pour les familles, a consacré d'autres modes de disposer qui se distinguent de la donation et du testament et tiennent leur forme et leurs effets de l'une ou de l'autre, ou des deux combinés.

C'est ainsi que les chapitres 6, 7, 8 et 9 du titre du Code civil des donations et des testaments tracent les règles particulières des dispositions permises en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur, ou des enfants de ses frères et sœurs, des partages faits par les père et mère ou autres ascendants, des donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître du mariage, des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage. A toutes ces formes de disposer à titre gratuit que l'on peut appeler dispositions mixtes nous appliquerons aussi les règles de l'article 900.

Cependant la question a pu faire doute relativement à la constitution de dot qui est bien comprise dans les donations par contrats de mariage. L'époux qui reçoit la dot contracte en échange l'obligation de subvenir aux charges du ménage. Pour lui, la disposition est bien onéreuse, et cependant personne n'oserait soutenir que celui qui fournit la dot, surtout si c'est un étranger, ne fasse pas une pure libéralité. On est donc en présence d'un acte qui présente cette bizarrerie d'avoir à la fois les deux caractères bien distincts d'acte à titre onéreux et à titre gratuit. Nous n'avons pas à nous expliquer ici sur cette question, nous la rappelons seulement pour expliquer comment l'application de l'article 900 avait pu paraître douteuse. Mais l'hésitation devait disparaître, en pensant que c'est du côté du disposant seul que sont puisés les motifs et les présomptions qui ont fait adopter cet article. Or, la constitution de dot est, à l'égard du même disposant, un acte de libéralité; donc l'article 900 lui est applicable.

Il est d'autres dispositions qui ne sont pas soumises aux articles 931, 932, concernant la forme authentique à donner à la déclaration du donateur, à l'acceptation, et qui n'en sont pas moins de véritables actes de libéralité, en ce qu'elles procèdent d'une volonté généreuse spontanée du disposant.

Je ne parle pas des actes de donation faits à l'étranger dans la forme prescrite par les lois du pays où ils ont été passés conformément à la règle *locus regit actum*. Ces actes sont en effet en tous points assimilables aux actes de donation faits en France selon les règles du Code civil.

Mais on pourrait citer comme susceptibles d'être subordonnées à des conditions impossibles ou illicites : 1° la remise de dettes consentie gratuitement par le créancier au profit d'un débiteur ; 2° la stipulation en faveur d'un tiers dans l'un des cas de l'article 1121, lorsqu'elle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ¹ ; 3° la donation de meubles corporels opérée au moyen de la tradition qu'en fait le donateur au donataire : c'est le don manuel, qui ne comporte pas de condition suspensive, mais qui peut être accompagnée d'une charge ou d'une condition résolutoire ; encore faudrait-il supposer que la clause a été constatée dans un écrit, autrement, le plus souvent, l'impossibilité de la constater équivaldrait à l'impossibilité de la stipuler ; 4° les donations rémunératoires, c'est-à-dire celles inspirées par les services particuliers que l'on veut récompenser, quand ces services ne sont pas estimables en argent

¹ Je laisse de côté la stipulation en faveur d'un tiers, qui est la condition d'une donation que l'on fait à un autre ; car, d'une part, cette stipulation est soumise à la forme des donations ordinaires, et, d'autre part, relativement à l'application de l'art. 900, ce serait la donation elle-même qui serait dans ce cas à envisager ; si la stipulation était faite sous condition illicite, elle serait nulle, comme formant une condition illicite d'une première donation, pour laquelle elle devrait être réputée non écrite.

ni susceptibles d'engendrer une obligation même naturelle; ou encore celles dictées par le désir de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui, ou de réparer un dommage qui n'est pas imputable à faute, dans l'opinion toutefois de ceux qui enseignent que les libéralités de ce genre ne sont soumises à aucune des formes solennelles des donations ¹; 5° les libéralités déguisées sous le voile de contrats à titre onéreux qui, conformément à l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence actuellement constante, sont regardées comme valables.

Toutes ces dispositions tombent-elles sous l'application de l'art. 900? Nous répondrons affirmativement, en exceptant toutefois les libéralités déguisées. C'est qu'en effet, tous ces actes à titre gratuit qui échappent, quant aux formes, aux prescriptions des art. 931-932, sont cependant soumis aux règles de fond des donations proprement dites, notamment en ce qui concerne la capacité de les faire ou de les recevoir, la quotité de biens qu'elles peuvent comprendre, la révocation pour cause de survenance d'enfants ou pour ingratitude ². Nous ajouterons à ces règles de fond celle de l'article 900, dont l'esprit est favorable à la plus grande extension.

Pourquoi excepter les libéralités déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux? Nous reconnaissons bien que pour apprécier un acte, surtout lorsqu'il s'agit de lui appliquer une règle de fond, on ne doit pas seulement s'en tenir à son apparence, à la dénomination que les parties lui ont donnée, avec plus ou moins d'exactitude, mais il faut

¹ TOULLIER, V, n° 186.

² Cependant M. Toullier, *loc. cit.*, soutient que la révocation pour cause d'ingratitude et l'incapacité de recevoir ne s'appliquent pas aux donations rémunératoires (art. 909), même à celles qui n'ont aucun caractère de *datio in solutum*.

surtout considérer sa substance et pour cela analyser ses différentes énonciations.

Cependant, il est des cas où la loi s'est servie d'une disposition particulière de la forme ordinaire d'un acte pour en juger le fond, où elle a tiré de cette forme des indications qui lui ont servi à asseoir des présomptions sur la volonté des parties et édicter une règle basée sur ces présomptions. Dans ce cas, lorsqu'il s'agira d'appliquer cette règle, il ne sera plus permis de négliger la forme, c'est ce qui se présente dans notre hypothèse. La loi suppose que les conditions impossibles, illicites et immorales sont le résultat d'une erreur, mais la loi part de ce point que le disposant agit abandonné à ses seules réflexions. Ce n'est que dans ce cas que la supposition d'erreur peut être vraisemblable. Or, dans un contrat à titre onéreux ou qui a l'apparence d'un contrat onéreux, les parties étant supposées se prêter réciproquement l'appui de leurs lumières, l'erreur ne peut plus être présumée, et, partant, la règle de l'art. 900 ne doit plus s'appliquer ¹.

Pour nous, nous acceptons cette conséquence du système du code avec d'autant plus de faveur qu'elle ne laisse place qu'à la nullité entière de la disposition qui est la seule règle normale et conforme aux principes, celle écrite dans l'art. 1172, C. civ. ².

Tels sont les différents actes auxquels l'art. 900 s'appli-

¹ AUBRY et RAU, § 692, n° 3. — DURANTON, VIII, n° 108, donne également la même solution, mais il la base sur un autre motif qui ne me semble pas exact, il dit : « Si les formes n'ont pas été observées, on ne saurait s'empêcher de prononcer la nullité, car évidemment l'acte ne pouvant valoir comme acte de donation, art. 931, il faudra bien le ranger dans la classe des actes à titre onéreux. » Or, nous savons que la loi laisse entre ces deux catégories d'actes la place à des actes qui sont bien à titre gratuit.

² En sens contraire, DEMOLOMBE, 18, n° 215. — BAYLE MOUILLARD sur GRENIER, I, p. 687. — 688, à la note.

quera. Reportons-nous maintenant aux actes types, c'est-à-dire portant testaments ou donations et établis conformément aux prescriptions des art. 931 et s., 967 et s.; examinons si l'art. 900, qui semble édicter un principe si absolu, ne comporte pas quelques exceptions; nous en reconnaitrons trois, qui ne sont que la conséquence de principes supérieurs, ou des motifs mêmes de la loi.

1° Il est une règle qui domine toutes les dispositions à titre gratuit, elle est écrite dans l'art. 901, qui édicte que pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit; or, l'art. 900 ne fait pas obstacle à ce que l'on fasse des recherches sur l'état d'esprit du disposant, on pourra le faire chaque fois que la disposition semblerait trop visiblement contraire à la raison. Le juge décidera souverainement s'il ressort des circonstances ou de l'acte même que le disposant n'était pas *compos mentis*. Alors la disposition sera annulée dans son entier.

Voilà une exception importante, surtout en ce qui concerne les conditions impossibles. Elle a été reconnue de tout temps. Nous avons vu dans notre étude sur le droit romain que Modestin l'a consacrée formellement ¹, et les auteurs l'ont acceptée ².

La portée de cette exception est si grande, que Grotius prétendait qu'en matière de condition impossible, il y avait nécessairement jeu ou insanité d'esprit, et qu'en conséquence, dans tous les cas, la disposition devait être nulle faute de volonté ou faute de capacité. Dans le champ des suppositions, ce jurisconsulte oubliait l'erreur, qui a été admise par le code.

2° Une deuxième exception existe, lorsqu'il résulte de

¹ L. 27, *pr.*, D., *De condit. inst.*, XXVIII, 7.

² TOULLIER, V, § 243. — DEMOLOMBE, XVIII, 206. — LAURENT, XI, § 432.

l'acte lui-même que le disposant a bien voulu subordonner sa libéralité à la condition ou à la charge qu'il a apposée. Cette exception comprend deux classes de dispositions.

a) Celles qui, n'étant pas sérieuses, ne sont en réalité qu'un jeu : la présomption de la loi doit céder devant la volonté qui ressort clairement de l'acte : la loi présume la volonté libérale, or, il est des actes qui indiquent formellement, dans le disposant, l'absence de cette volonté. Les auteurs donnent, de ces dispositions, deux exemples qui sont traditionnels, car nous avons vu que les Romains faisaient déjà fléchir pour eux la faveur dont ils avaient entouré les testaments. Dans l'un, la libéralité est faite pour un temps où le gratifié ne sera certainement plus ; dans l'autre, il s'agit de la disposition que les Romains ont appelée *perplexe*. De tels actes ne sont évidemment pas sérieux, il n'y a pas de volonté, ils sont inexistant¹.

b) Celles où il ressort des expressions employées la subordination formelle de la disposition à la volonté exprimée par la condition². Ici, l'interprétation de la loi doit céder à l'interprétation fournie par l'acte lui-même. La loi dit : le disposant s'est trompé ; s'il avait connu son erreur, la générosité qui l'inspirait lui eût fait supprimer la condition ou la charge, et laisser subsister la disposition pure et simple ; le disposant déclare au contraire : si telle condition est reconnue impossible ou illicite, ma disposition devra être

¹ TROPLONG, *Donations*, I, nos 219 et 280. — DEMOLOMBE, XVIII, nos 209 et 210.

² C'est le cas de l'arrêt du 17 juillet 1883, S. 84, I, 305, qui a décidé en sens contraire. V. aussi arrêt de cass. du 7 juill. 1868, qui casse une décision de la Cour de Lyon du 22 mars 1866, S. 66, 2, 260. « Attendu qu'aux termes de l'art. 900 la condition doit être réputée non écrite, et la libéralité maintenue alors même que le disposant aurait déclaré la condition expresse et de rigueur. »

réputée non avenue. Comment, dans cet exemple, donner un sort différent à la condition et à la libéralité, alors que le donateur ou testateur a si formellement démontré que leur sort était uni dans sa volonté ? Du reste, en analysant une disposition de ce genre, et en appliquant à chacune de ses parties les principes du code, on arrive au même résultat. On peut dire, en effet, qu'il y a dans un pareil acte une donation sous condition illicite, et une révocation immédiate sous condition licite ; la donation serait valable, la condition étant effacée ; la révocation survenant fait tout disparaître ¹.

Mais il faut, pour que l'exception à l'art. 900 existe dans la seconde classe d'application, que la subordination de la libéralité à la condition soit expresse ; on ne pourrait l'induire de circonstances extérieures, notamment de ce que le disposant aurait connu le caractère illicite ou immoral de la clause.

Pour nous, nous admettons d'autant moins, dans ce dernier cas, l'exception à l'art. 900, que l'on trouve alors la présomption de la loi se rencontrant avec la réalité : l'erreur sur laquelle est basée la théorie. Du reste, des auteurs anciens avaient déjà fait justice de cet abandon du principe ².

¹ Cette seconde manière d'envisager la disposition en question éviterait à M. Demolombe l'embarras dans lequel il se trouve, lorsqu'il prend l'exemple d'une condition manifestement immorale. « Ne pourrait-on pas objecter que dans ce cas, toutes les clauses qui sont dans l'acte ne forment qu'un ensemble de conditions illicites, et que la loi répute toutes ces conditions non écrites ? » Et cherchant à soutenir le principe de l'exception, qui à bon droit lui paraît exact, il se demande si, dans cette hypothèse, on ne pourrait pas voir une convention onéreuse. Ne pourrait-on pas dire encore, pour justifier la solution, que l'on se trouve en face d'une disposition perplexe, qui pourrait en effet se réduire en ces termes : « Je donne sous une condition illicite, si la condition est illicite, je ne donne pas » DEMOLOMBE, XVIII, n° 208.

² CÚJAS, lib. IX, L. 58, D., *De condictione indebiti*. — FURGOLÉ, *Testaments*, ch. VII, s. 9, n° 129. — TROPLONG, I, nos 229, 231.

M. Laurent critique vivement cette seconde exception ¹ ; il soutient que l'art. 900 établit une véritable fiction, que la volonté même du disposant n'aurait pas le droit de détruire, et il ajoute : Si la théorie contraire était admise, la clause de déclaration expresse deviendrait de style et l'art. 900 perdrait son utilité. Ces raisons ne nous ont pas convaincu. Il nous paraît certain que la loi, conforme à la tradition, et en général très respectueuse de la volonté des disposants, s'est contentée de donner, dans l'art. 900, le résultat d'une présomption ou interprétation ².

3° L'art. 900 ne reçoit pas son application quand la prétendue libéralité n'est qu'un acte à titre onéreux. Le fondement de l'art. 900 se trouve, en effet, dans la volonté libérale ; où cette volonté libérale n'existera pas, ce sera l'art. 1131 qui sera applicable, l'acte sera entièrement nul. Les tribunaux seront souverains pour décider quel est le caractère véritable de la disposition.

Cette exception se présentera le plus souvent dans les libéralités avec charges ou avec conditions dépendant de la volonté du gratifié, qui ne sont que des charges. De grandes difficultés se présentent pour décider si de tels actes sont à titre gratuit ou à titre onéreux.

Si la charge est appréciable en argent, je pense que pour savoir s'il y a réellement libéralité, la question se réduit à

³ T. XI, n° 434.

⁴ Cette critique paraît étrange, émanant d'un auteur qui, comme nous, a constaté l'opposition complète de l'art. 900 avec les principes de la condition. Il ne faut pas oublier que M. Laurent, défenseur ardent des principes de 89, voit principalement dans l'art. 900 une arme dans les mains de l'administration, lui permettant de profiter de libéralités qui ne lui étaient pas destinées. Aussi proclame-t-il une naïveté quand il constate que la pratique administrative est conforme à son avis. Notre exception risque de faire échapper quelques libéralités des mains de l'administration. Cette considération est d'un grand poids dans la décision de l'auteur, mais il n'est pas permis d'introduire dans l'interprétation de la loi un semblable esprit de parti,

estimer d'une part la charge, d'autre part la libéralité ; si les deux quantités sont les mêmes, ou presque les mêmes, il y a réellement contrat à titre onéreux. Les juges décideront quelle est la différence qui peut être tolérée entre les deux estimations pour que le contrat soit encore considéré comme entièrement onéreux. On ne peut, en effet, trouver dans la loi aucune base d'appréciation en la matière, la quotité des sept douzièmes indiquée pour qu'il y ait lésion dans la vente serait trop considérable et se justifie par des motifs qui ne retrouvent plus ici leur application. Du reste, les juges pourront s'éclairer de toutes les circonstances extérieures à l'acte.

Si les charges sont de beaucoup inférieures à la chose donnée, il y a libéralité. En cas de doute, on devrait encore le trancher en faveur de la libéralité, car, jusqu'à preuve contraire, la forme employée par les parties doit servir à préjuger le fond. Mais on ne pourrait diviser la disposition, et appliquant pour une partie la règle des contrats à titre onéreux et pour le surplus la règle de l'art. 900. Ce serait à la fois contraire à l'intention des parties qui ont entendu faire une œuvre unique, et au vœu manifeste de la loi qui veut que là où la volonté libérale est certaine, elle soit prépondérante : c'est ce qui ressort en effet de l'art. 900.

Si l'élément onéreux paraît suffisant pour caractériser l'acte, on appliquera l'art. 1131 ¹. Tout sera nul, l'obligation du gratifié servant de cause à celle du disposant.

Si la charge n'est pas appréciable en argent, et alors la clause peut affecter le caractère d'une réelle condition, la disposition pourra encore être déférée aux tribunaux à l'effet d'examiner si l'acte, sous prétexte de libéralité, ne

¹ V. not. Orléans, 20 mars 1852, S., 1853, 2, 13. — SAINTESPES LESCOT, *Donat. et test.*, t. I, n° 115. — DEMANTE, *C. civ.*, t. IV, n° 16 bis, 7.

contient pas l'offre ou la conclusion d'un marché illicite ou honteux, et les juges ici puiseront leurs éléments d'appréciation dans la qualité des parties, leurs rapports réciproques, la nature de la condition ou de la charge elle-même, et s'il leur apparaît que la volonté libérale fait entièrement défaut, que la seule cause de la disposition était d'exciter par l'appât d'un gain à l'accomplissement d'un acte réprouvé par les lois ou les mœurs, l'acte devra encore être annulé en entier, par application de l'art. 1131, la cause de la disposition étant illicite ¹. Le point de savoir si la condition ou la charge est la seule cause de la disposition est un point de fait qui ne tombe pas sous l'appréciation de la cour de cassation.

Je reconnais que cette exception ne sera pas d'un grand intérêt pratique, car la personne qui veut assurer l'accomplissement de l'acte réprouvé, ayant devant elle la menace de l'art. 900, qui risque de supprimer la condition en maintenant la libéralité pure et simple, procédera le plus souvent par une autre voie que la disposition à titre gratuit ; mais si petite que soit la portée de cette exception, elle existe.

Cette exception, critiquée par quelques auteurs ², est cependant admise par la généralité d'entre eux ³ et consacrée par la jurisprudence de la cour de cassation ⁴.

Nous avons déjà réfuté l'opinion de M. Delvincourt, qui soutient que c'est l'art. 900 qui doit être appliqué quand

¹ V. Cass., 3 juin 1863, S. 64, I, 269 ; 20 nov., 1878, S. 79, I, 413, l'art. 900 est ou non applicable selon que la condition n'a pas été ou a été la cause impulsive ou déterminante de la libéralité.

² VAZEILLES, art. 900, n° 1, *in fine*. — BAYLE MOUILLARD sur GRENIER, p. 687, à la note. — DALLOZ P., 1868, I, 446, n. 4 et 5.

³ DURANTON, VIII, n° 108. — DEMOLOMBE, XVIII, nos 212 et s. — AUBRY et RAU, § 692. — LAURENT, XI, n° 433.

⁴ Req., 3 juin 1863, D. P., 63, I, 429. — Civ. [rej.], 7 juillet 1868, D. P., 68, I, 446.

la condition n'a pas été exécutée, et, au contraire, l'art. 1172 quand elle l'a été. Cette théorie tout à fait arbitraire repose, nous le savons, sur une présomption qui n'est pas celle de la loi.

Une quatrième exception est proposée par M. Demolombe. Cet auteur ¹ la fonde sur l'effet du dol et de la fraude dans les contrats. Il faudrait supposer que le gratifié connaissait le caractère de la clause apposée à la libéralité, et n'en a pas averti le disposant qui l'ignorait. L'auteur reconnaît que ce seul fait n'est pas une preuve suffisante du dol, mais qu'il en fournirait l'indice s'il était reconnu que le gratifié lui-même a employé des manœuvres pour induire le disposant en erreur sur le caractère de la condition. Nous pensons que ces manœuvres sont inséparables de cette idée que c'est le gratifié lui-même qui a fait naître la volonté de disposer sous cette condition. Dans cette hypothèse, la volonté spontanée, généreuse, n'existant pas, la disposition ne sera le plus souvent que la compensation d'une charge imposée au gratifié et dont celui-ci espérait se débarrasser à l'aide de l'art. 900. Mais alors l'acte sous la forme de donation ne sera qu'une convention, et nulle, comme nous venons de le constater. L'exception proposée par M. Demolombe se confond donc avec la dernière examinée, ou elle ne sera pas assez précise, assez caractérisée, et alors son indécision empêche de la signaler.

SECTION II.

Clauses auxquelles l'article 900 s'applique.

Nous savons déjà que le mot condition qui se trouve dans cet article doit être pris dans le sens général que

¹ T. XVIII, n° 216.

comportait le mot *clause* employé dans les lois intermédiaires auxquelles le Code civil a succédé. Il comprend donc les conditions proprement dites et les charges. Pour être réputées non écrites, les conditions doivent être impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs; nous allons présenter quelques observations sur chacun de ces trois caractères.

§ 1^{er}.

Des conditions impossibles.

En cette matière, nous nous référons à ce que nous avons dit en traitant la question en droit romain. Ainsi, nous ne faisons aucune distinction entre la condition impossible affirmative, et la condition impossible négative ¹. Nous reproduisons nos différentes divisions.

Nous présenterons cependant quelques observations nécessitées par des écarts de doctrine. Nous savons qu'à Rome, la condition impossible de fait : *si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset* ², était écartée des dispositions testamentaires; cette opinion suivie dans notre ancien droit ³ est encore enseignée par des auteurs modernes ⁴.

Nous pensons que l'esprit de notre législation, qui tend à chercher l'interprétation la plus exacte de la volonté du défunt, nous commande de faire une distinction. S'il est absolument certain que le fait mis en condition ne peut être

¹ Ne pas confondre avec la condition *si digito cælum non attigerit* que des interprètes ont qualifiée *négative impossible*, et qui n'étant qu'une condition nécessaire n'influe pas sur l'acte. V. p. 59, *in fine*.

² L. 6, D., *De condit. inst.*, XXVIII, 7.

³ FURGOLÉ, *Testam.*, VII, section 2, n° 25. — RICARD, *Disp. condit.*, n° 237.

⁴ TROPLONG, *Donat.*, n° 225.

effectué dans le délai imparti, nous dirions en l'absence de l'art. 900 : le testateur n'a pas plus tenu à l'accomplissement de la condition qu'à gratifier le légataire, rien n'existe. Mais en présence de cet article nous déclarons seulement qu'il y a erreur du disposant. Sur quoi porte l'erreur ? Est-ce sur le fait à accomplir lui-même ou seulement sur le délai ? Si le fait mis en condition peut être regardé comme intéressant le disposant ou sa mémoire, on doit considérer que ce dernier y a attaché quelque importance, et que l'erreur ne porte que sur le délai qui seul rend la condition impossible : le délai seul sera donc en ce cas rejeté, n'est-ce pas attacher à la disposition l'effet le plus conforme à la volonté présumée ? Si, au contraire, la condition n'est d'aucun intérêt, ni pour le disposant, ni pour le gratifié, comment dire que l'erreur porte plutôt sur une partie que sur une autre ? Tout se réunit pour former un fait arbitraire, qui alors doit être complètement écarté. Exemple : si vous allez de Paris à Rome en une heure. C'est bien le cas de l'art. 900.

S'il n'est que très douteux que le fait puisse être accompli dans le délai fixé, la condition sera peut-être impossible, mais elle ne présente rien d'anormal, et les juges pourront encore dans ce cas augmenter le délai imparti. Nous supposons en effet, dans tous les cas, qu'il s'agit d'une condition potestative : si la condition était casuelle ou mixte, rien ne pourrait être changé dans les termes de la disposition, qui devra être purement et simplement déclarée possible ou impossible, et en conséquence totalement rejetée ou totalement exécutée.

Toutes ces conséquences dérivent de la volonté présumée ; le disposant qui impose une condition potestative réclame en effet principalement la subordination de la volonté du gratifié à la sienne. Cette considération ne se pré-

sente pas dans les cas de condition casuelle ou mixte, qui remettent l'effet de la disposition entre les mains du hasard.

Au sujet de l'impossibilité absolue et de l'impossibilité relative, les Romains reconnaissaient à la première seule le caractère d'impossibilité juridique ¹. Cette opinion a passé dans notre droit moderne après avoir été consacrée par l'autorité du droit ancien ².

Cependant quelques auteurs ³ concèdent que si un legs était fait à un peintre amputé des deux bras, à la condition de faire un tableau, cette condition serait réputée non écrite. Tel est l'exemple choisi par M. Demolombe. Cet auteur va plus loin, il suppose un legs fait à une personne absolument ignorante de l'art de la peinture, à la condition de faire un tableau, et il déclare encore que cette condition doit être réputée non écrite. Autant nous approuvons la première décision, autant nous repoussons cette dernière. En effet, dans ce dernier cas, il y a une hypothèse de condition, non pas impossible relativement, mais très difficile seulement, et toujours possible d'une manière absolue ; or, une telle clause doit toujours être accomplie. Quant à la première hypothèse, c'est à bon droit que la condition doit y être réputée non écrite, si la disposition elle-même ne doit pas être déclarée nulle.

La condition y doit être réputée non écrite, c'est dire que l'*art. 900 vise même l'impossibilité relative*. Comment en effet concilier l'opinion qui consiste à soutenir que l'*art. 900* ne s'occupe que de l'impossibilité absolue, avec cette

¹ VENULEIUS, LL. 137, 35, *pr.*, § 3, D., *De verb. oblig.*

² FURGOLE, VII, 2, 26. — RICARD, n^{os} 232-235. — TROPLONG, n^o 226. — AUBRY et RAU, § 302, p. 64. — DURANTON, VIII, n^o 112.

³ DEMOLOMBE, XVIII, n^o 223. — BAYLE MOUILLARD sur GRENIER, I, p. 688, n. a.

idée qui a guidé le législateur, à savoir que le disposant a voulu avant tout être libéral ; or, pour vouloir être libéral, il faut nécessairement avoir en vue une personne particulière qui sera l'objet de cette libéralité, et bien plus, si le disposant introduit une condition dépendant de la volonté du gratifié, comment peut-on interpréter, juger avec quelque apparence de vérité la volonté du disposant, en écartant comme base et élément d'appréciation la personnalité du gratifié qui a été le principal objet de sa préoccupation ? L'impossibilité relative doit donc suffire pour que l'art. 900 trouve son application.

Mais s'il ressort de la disposition même, ou s'il est reconnu que le disposant connaissait l'impossibilité relative, nous estimons qu'il conviendrait d'attribuer un effet particulier à cette coïncidence qui impose à une personne une condition, la seule peut-être qui notoirement ne puisse être accomplie par elle. Nous sommes bien dans les termes de la deuxième exception que nous avons proposée à l'art. 900. Il ressort de l'acte que le disposant n'a pas voulu donner, la volonté libérale faisant défaut, l'art. 900 basé sur cette volonté ne s'applique plus. Notre hypothèse n'est-elle pas, en effet, la même que celle de la loi 4, § 1, *de statuliberis* ?

L'impossibilité est perpétuelle ou temporaire, la condition, possible d'abord, peut devenir impossible, ou réciproquement. C'est au moment de la rédaction de l'acte, s'il s'agit de dispositions entre-vifs, au moment du décès, s'il s'agit de dispositions testamentaires, que l'on doit se placer pour apprécier la nature de la condition. C'est à ce moment, en effet, que le droit est acquis ; si la condition est alors impossible, la disposition sera réputée pure et simple. Telle est la règle. Elle ne doit cependant pas être entendue d'une façon trop stricte, et l'on est généralement d'ac-

cord pour décider que si le disposant a imposé une condition dont l'impossibilité doit certainement avoir un terme, et qu'il ait eu en vue l'arrivée de ce terme, les juges pourront ordonner que la condition produira tout son effet ¹.

Dans un autre cas, où la condition est impossible au moment de l'ouverture du droit, certains auteurs veulent au contraire que la condition nulle entraîne la caducité de la disposition. C'est ce qui devrait avoir lieu si la condition, possible au moment de la confection du testament, avait plus tard été rendue impossible par le testateur lui-même. Ces auteurs suivent encore l'opinion des jurisconsultes romains et de notre ancien droit ².

Nous pensons qu'il vaut mieux, dans l'esprit de notre code qui suppose la volonté de libéralité dominante, maintenir la disposition pure et simple, car dans cet ordre d'idées, le fait du disposant qui rend la condition impossible doit impliquer plutôt la suppression de cette condition que la révocation de la libéralité. Telle était déjà l'opinion de Cujas ³.

Cette solution n'est donnée, évidemment, qu'en ce qui concerne les conditions potestatives, car les conditions casuelles, qui manquent d'arriver par suite d'un événement quelconque, doivent être considérées comme défaillies, et rendent la disposition caduque, en vertu de l'art. 1040. Dans ce cas, du reste, on ne peut plus dire que la condition est devenue impossible, on dit qu'elle a défailli. Cet article doit recevoir son application si l'événement qui empêche la condition de pouvoir être accomplie arrive avant comme

¹ DEMOLOMBE, XVIII, n° 230.

² L. 72, § 7, D., *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1. — RICARD, *Dispos. condit.*, n° 436. — FURGOLE, VII, *Testam.*, section 3, n° 144. — TOULLIER, VI, n° 648.

³ *Observ.*, XVII, ch. XXII.

après la mort du testateur. La loi n'a pas édicté d'article semblable, relatif aux conditions purement potestatives.

Quant aux conditions mixtes, la difficulté est grande. Si un obstacle survient à leur accomplissement avant la mort du testateur, doit-on dire qu'elles sont défaillies ; doit-on, au contraire, les réputer non écrites ? Nous pensons qu'il faut laisser ici un vaste champ d'appréciation aux tribunaux, qui rattacheront la clause à la classe des conditions potestatives ou à celle des conditions casuelles, suivant qu'il apparaîtra que le disposant a tenu surtout à la soumission de la volonté du légataire, ou à l'accomplissement complet de la condition. Cette opinion, combattue par Furgole, l'a encore été par Toullier ¹. La question n'a pas été examinée par la généralité des auteurs modernes ².

Nous avons laissé de côté le cas où la condition mixte est devenue impossible après la mort du testateur, comme celui où elle le deviendrait après la donation ; il ne se présente plus alors, en effet, qu'une question d'accomplissement ³. Notons cependant que la condition ne sera tenue pour accomplie que si le gratifié a manifesté, d'une façon indubitable, la volonté de se conformer aux intentions du disposant.

Les solutions données relativement aux conditions potestatives sont entièrement applicables aux charges qui jouissent, nous le savons, d'une plus grande faveur que les

¹ FURGOLE, *loc. cit.* section 2, nos 7 et s. — TOULLIER, VI, n° 612.

² V. BAYLE MOUILLARD sur GRENIER, I, p. 692, à la note. Cet auteur rapporte en la matière un arrêt de la cour d'Orléans qui a donné lieu à un arrêt de rejet du 4 juillet 1836. (D. P., 36, I, 302.)

³ La matière de l'impossibilité temporaire de conditions a donné lieu à de nombreuses controverses, relatives à leur accomplissement ; il ne rentre pas dans le cadre de notre étude de les examiner, nous ne nous occupons en effet que de l'influence des conditions sur les dispositions entre-vifs ou testamentaires et de leurs effets.

conditions, et doivent être interprétées plus librement quant à leur exécution.

Il est de la nature ordinaire des conditions de se trouver accomplies définitivement, entièrement, à un moment donné, par certains actes ou certaines prestations. Cela arrivera souvent aussi pour les charges. Mais celles-ci peuvent aussi fréquemment revêtir le caractère de prestations à fournir d'une façon successive et indéfinie; tel serait le legs fait à une commune, à la condition d'entretenir un membre d'une congrégation religieuse qui devra y donner l'instruction ou accomplir telle autre fonction publique.

La condition ou la charge possible au moment de la dévolution du legs peut devenir impossible par suite d'une nouvelle disposition légale, la charge ne pourra plus être exécutée, mais que deviendra la disposition? Elle restera dans les mains du bénéficiaire; la libéralité peut être en effet considérée comme se produisant chaque jour sous la même condition, et au moment où cette condition deviendra impossible, ce sera comme une disposition née au même moment sous une charge impossible qui sera réputée non écrite ¹.

¹ Il a cependant été jugé qu'il y a lieu de déclarer révoquée ou résolue la donation faite à une commune à la condition expresse que l'immeuble donné serait affecté à une école dirigée par les frères des Ecoles chrétiennes ou par toute autre congrégation religieuse, et que cette destination ne pourrait jamais être changée, lorsque sur la demande de la commune un arrêt préfectoral a remplacé les frères par des instituteurs laïques.

La commune est tenue soit de réparer le préjudice causé au donateur par l'inexécution du contrat et la substitution de l'enseignement laïque à l'enseignement religieux, soit de supporter sans répétition les frais de l'acte de donation révoqué par sa faute.

Aix, 25 fév. 1880; Nîmes, 11 juill. 1881; rapportés dans S. 1882, II, 97.

Nous ne saurions approuver les annotateurs de ces arrêts qui écartent dans cette hypothèse toute conséquence de clause ou condition illicite. Il est certain que cette clause licite dès le début, consacrée par l'autorité qui a autorisé l'acceptation de la libéralité, devient illicite comme contraire à la liberté

Il y aurait même dans ce cas peu de place à l'interprétation des tribunaux qui pourraient être appelés à statuer que la donation ou le legs n'ont pas été dictés par l'esprit de libéralité, mais bien par le seul désir de procurer moyennant l'appât d'un gain la violation de la loi. Cette interprétation, dis-je, ne devrait pas être facilement admise, puisque la charge était possible au moment de la confection de l'acte.

Il n'y a aucune difficulté à déclarer sous l'empire du Code que si la condition est complexe, la partie seule qui est impossible doit être supprimée conformément au droit romain, ou que, dans une alternative, la partie possible seule doit être considérée comme subsistante. On doit également assimiler la condition fausse à la condition impossible.

§ 2.

Des conditions contraires aux lois.

Il est des conditions contraires aux lois, qui non seulement sont considérées comme nulles, mais qui rendent

de conscience essentiellement variable, comme elle est libre, des habitants de la commune, protestant par une décision de son conseil municipal et consacrée par l'administration.

On ne saurait d'autre part distinguer, à côté des actes de libéralité et des actes à titre onéreux, d'autres actes particuliers appelés fondations et qui seraient régis par des règles spéciales. Tous les actes doivent, en ce qui concerne l'exécution des clauses qu'ils renferment, être ramenés à ces deux catégories. Si l'esprit libéral est dominant, la condition devra être non écrite. Si la clause sert de véritable cause à la disposition, en devenant illicite elle ne saura plus soutenir l'acte qui tombera, mais par application des art. 1131, 1172, et non de l'art. 1184. Et on ne doit pas induire du seul caractère de fondation que la condition ou la charge sont la cause de la libéralité, ainsi que semble l'indiquer l'annotateur des arrêts précités. Dans tous les cas et sous le bénéfice de l'examen de la disposition, ce qui est dit au texte est vrai, il est en effet peu contesté que l'art. 900 ne s'applique aux clauses qui deviennent après coup illicites, comme à celles qui le sont au moment même de la disposition.

également nulle la disposition dans laquelle elles se trouvent. Telles sont celles qui tendraient à rendre la donation révocable, art. 944-946, ou qui constitueraient la charge de conserver et de rendre prohibée par l'art. 896. Ce ne sont pas ces conditions que l'art. 900 a visées.

Il ne faudrait pas induire du texte de l'art. 900, conçu, il est vrai, d'une façon générale, qu'une condition contraire à une loi quelconque est réputée non écrite. Bien qu'il soit vrai en principe, qu'une loi étant portée, c'est qu'elle a été jugée utile, et que par conséquent tous lui doivent obéissance, on n'a jamais poussé l'application du principe jusqu'à prononcer la nullité de tout acte contraire à une disposition de loi quelconque, et on a reconnu qu'il y avait des prescriptions auxquelles il était permis de déroger, d'autres au contraire auxquelles toute infraction était impossible. La distinction que l'on a établie à cet égard, entre les diverses lois, est encore celle qui doit nous servir pour indiquer quelles sont les conditions qui doivent être effacées ou maintenues selon l'art. 900.

Nous ne voulons pas dire que l'art. 6 ait absolument la même portée d'application que l'art. 900. Ce dernier est en effet plus large, c'est-à-dire qu'il vise les conditions qui seraient opposées à des lois concernant l'ordre public ou les bonnes mœurs; mais il s'occupe aussi des conditions qui pourraient être réputées contraires aux mœurs, sans qu'il y ait de lois, de dispositions positives qui leur attribuent ce caractère : nous étudierons ces dernières conditions dans un dernier paragraphe.

Pour le moment, nous ne nous occupons que des conditions contraires aux lois, et nous disons que les lois dont il est ici question sont ces lois d'ordre public et d'intérêt général auxquelles l'art. 6 défend de déroger.

N° 1. — LOIS D'ORDRE PUBLIC.

Qu'entend-on par lois concernant l'ordre public ou les bonnes mœurs ? La réponse à cette question serait mieux placée dans un commentaire de l'art. 6. Nous ne pouvons cependant nous abstenir de donner sur ce point une courte réponse.

Expliquer ce que les législateurs ont voulu dire par lois intéressant l'ordre public n'est pas commode ; ces expressions, qui se retrouvent déjà dans les lois romaines, ont été souvent employées dans les discussions au conseil d'Etat, elles n'ont cependant jamais été définies.

Si l'on s'en rapporte au dictionnaire, ordre signifie arrangement, disposition de choses mises en leur rang ; public signifie social, de la société. *L'ordre public est donc l'arrangement de la société*, la disposition des personnes, des corporations, des autorités dans la société. C'est bien la loi qui fixe le rang de ces personnes, de ces corporations, c'est encore elle qui le conserve et le protège, et en le faisant, elle produit l'ordre public tel que nous l'avons défini. On doit donc traduire l'expression de l'art. 6 : lois intéressant l'ordre public, par celle-ci : loi produisant l'arrangement de la société.

L'arrangement social est politique ou civil ; l'arrangement politique est celui qui résulte des lois constitutionnelles organisant les pouvoirs publics ; des lois relatives aux autorités judiciaires, administratives ¹, militaires, et à

¹ La disposition qui excluait le bureau de bienfaisance de l'administration des biens légués aux pauvres devrait être réputée non écrite, comme contraire à une loi d'ordre public. Cass., 14 juin 1875, S. 75, I, 467 ; Dijon, 14 mai 1879, S. 79, II, 289 ; Cass. req., 22 août 1881, S. 83, I, 467. C'est en effet aux bureaux de bienfaisance qu'il appartient de recueillir les legs faits au profit des pauvres. Cass., 8 août 1881, S. 82, I, 153.

leurs rapports réciproques ; des lois qui créent toutes les corporations qui détiennent entre leurs mains une émanation plus ou moins directe de la souveraineté de la nation, mais que celle-ci a dû leur abandonner afin d'en assurer l'exercice plus efficace. Toutes les dispositions législatives qui déterminent les droits, les prérogatives, comme aussi les obligations de chacune de ces autorités, les circonstances qui les font acquérir, celles qui les font perdre, sont donc des lois d'ordre public. Il faut encore y ajouter les lois qui décident quelles personnes jouiront ou seront privées des droits politiques.

Cet ordre d'idées présente, on le comprend, peu d'intérêt pratique relativement à l'art. 900. On conçoit en effet difficilement des conditions qui s'y rattachent, et il s'en présente rarement ¹.

Il en est cependant quelques-unes que nous ne devons pas passer sous silence. Tel serait le legs ou la donation faits à un préfet, à la condition qu'il donnerait sa démission : une telle clause, si toutefois elle n'était pas considérée comme la cause même de la disposition, devrait être effacée comme contraire à l'ordre public. Il est en effet de principe chez nous que les charges publiques ne sont pas dans le commerce, et il faut que l'autorité qui nomme le fonctionnaire reste complètement libre d'investir de la charge celui qui présente le plus d'aptitude et de capacité : il ne faut pas qu'un homme de talent soit tenté d'abandonner son poste et de faire triompher ainsi, en faveur d'un incapable, l'intrigue ourdie contre ceux qui disposent des nominations.

Il en serait de même de la condition imposée à un officier

¹ Sont d'ordre public les lois qui règlent les conditions d'existence des associations reconnues, et les formalités exigées pour qu'elles puissent valablement recueillir un legs.

ministériel ou tout fonctionnaire public, d'admettre sur des bases données une personne désignée comme associée dans les bénéfices résultant de la charge. Une telle condition, qui suppose que l'on fait descendre l'exercice d'une fonction sociale au niveau d'une simple exploitation financière, est incompatible avec les sentiments d'honneur et de délicatesse qui doivent guider les fonctionnaires. Elle tendrait aussi à accorder, dans l'exercice de la fonction, une influence peut-être prépondérante à une personne sur la moralité et la capacité de laquelle le gouvernement ne s'est pas éclairé. Ainsi serait supprimée toute la garantie qui peut s'attacher aux conditions exigées pour la nomination et au choix fait par l'autorité ¹.

Dans un ordre d'idées voisin, on devrait effacer aussi la condition qui aurait pour objet d'obliger le donataire ou le légataire à faire auprès des autorités des sollicitations, à l'effet d'obtenir la nomination d'une personne désignée à une fonction publique. Si de semblables sollicitations étaient légales, les chefs des différentes administrations seraient privés de la liberté qui leur est nécessaire pour apprécier les titres des différents candidats, ils ne pourraient plus obtenir de renseignements vrais. La justice ne peut, nous le reconnaissons, mettre la main sur toutes les intrigues, mais du moins, quand il en est qui sont certaines, on ne doit pas hésiter à les frapper, afin de mettre le gouvernement à

¹ L'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 et la loi du 2 juillet 1862 modifient ces principes généraux en ce que les officiers ministériels désignés en la première peuvent désigner au gouvernement un successeur et stipuler à cette occasion un droit de cession. C'est là une disposition que beaucoup ont qualifiée malheureuse, et qui ressuscite en partie la vénalité des offices. Elle s'explique principalement par les besoins fiscaux.

Selon la seconde de ces lois, les agents de change près les Bourses pourvues d'un parquet, peuvent s'associer des bailleurs de fonds participant aux bénéfices et aux pertes résultant de l'exploitation de l'office.

l'abri de toute tromperie, de toute machination, et assurer ainsi le maintien de l'ordre public.

L'arrangement social civil est celui qui résulte des lois concernant l'état et la capacité des personnes.

L'état se résume dans les qualités de regnicole ou d'étranger, de mari ou de femme mariée, de père, mère ou d'enfant légitime, naturel ou adoptif.

La capacité civile qui appartient en principe, pleine et entière, à tout Français, peut être l'objet de quelques restrictions qui résultent soit de certaines condamnations pénales, soit de l'âge ou d'une infirmité physique ou intellectuelle, soit encore des rapports de dépendance qu'un état particulier établit entre différentes personnes. Ces restrictions peuvent être absolues ou n'être que relatives, c'est-à-dire n'exister qu'à l'égard de certaines personnes ¹.

Ainsi, devraient être regardées comme contraires à l'ordre public toutes conditions tendant à modifier celles établies par la loi pour l'acquisition ou la constatation de l'état ². Une libéralité faite à un enfant naturel sous la condition qu'il ne recherchera pas sa mère devrait donc être maintenue et la condition effacée, car elle tendrait à priver l'enfant du droit le plus précieux pour lui, celui d'établir son état.

Mais devrait-on effacer la condition imposée à un beau-frère d'épouser sa belle-sœur, à un oncle d'épouser sa nièce, à raison seulement de l'empêchement que la loi édicte quant au mariage entre ces différentes personnes? étant admis que la condition de se marier en général fût valable, ce qui sera discuté plus loin. La question avait divisé les auteurs anciens.

¹ Telles sont celles qui résultent des art. 450, 472, 907, 908, 909, 1595, 1596, 1597.

² La condition de changer de nom est licite, Cons. d'Et., 23 décembre 1845. DALLOZ, J. cr. v^o Nom, n^o 32, 2^o, et 54, 1^o.

Ricard ¹ soutenait que la condition d'épouser son cousin germain n'avait rien de contraire aux lois, parce qu'un tel mariage, bien qu'interdit par les règles canoniques, pouvait cependant être célébré après l'obtention de dispenses. La condition pour lui devait être entendue de cette façon : Le gratifié est obligé de demander la dispense, et c'est alors seulement, que s'il est établi par le refus de la dispense que l'obstacle ne peut être levé, la condition est réputée non écrite. Il n'y a rien d'illicite en effet à obliger le gratifié à demander des dispenses qui sont prévues par les lois et à contracter mariage après les avoir obtenues.

Et les auteurs commentant cette décision ajoutent : Il est vrai que la loi interdit en principe les mariages entre beau-frère et belle-sœur, oncle et nièce, et ne les permet que dans les cas où exceptionnellement le chef de l'Etat aurait reconnu l'existence de motifs graves. Ou ces motifs graves existeront, et alors l'autorisation sera accordée, et le donateur, qui a montré de la prévoyance, verra justement l'accomplissement de sa condition rendu nécessaire pour l'acquisition de sa libéralité ; ou ces motifs graves n'existeront pas, et alors la condition impossible devra être effacée.

Un semblable raisonnement tourne la difficulté sans la résoudre. Il s'agit bien en effet de savoir si la condition doit dès le début être regardée comme licite ou illicite, et si dès le début, sans aucune démarche du gratifié, la condition doit ou ne doit pas être réputée non écrite, car si on la suppose un instant licite et possible, un événement quelconque survenant, empêchant la réalisation de la condition, celle-ci ne sera plus, comme on le dit, illicite ou impossible, mais bien défaillie, et alors la libéralité n'aura

¹ *Loc. cit.*, nos 262, 263.

aucun effet, à moins qu'on ne tienne la clause pour accomplie.

La condition est-elle dès le début licite, comme le soutient Ricard ? Nous adoptons l'opinion de Furgole qui défend la négative, et nous n'entrerons pas dans l'exposition des motifs fournis par cet auteur. Nous basons notre solution uniquement sur ce fait : que des considérations d'ordre public ayant fait interdire en principe les mariages entre certains parents ou alliés, il ne faut pas que les personnes qui auront à demander les dispenses soient tentées, dans un but purement pécuniaire, d'égarer l'autorité chargée de les accorder. Cette autorité doit jouir de la plus entière liberté pour l'appréciation des motifs graves qui nécessitent une dérogation à une règle d'ordre public.

Pourquoi alors la condition imposée de se marier avant l'âge de dix-huit ans révolus pour un homme, de quinze ans pour une femme, ou de procéder au mariage avant la double publication que la loi exige, ne serait-elle pas également licite ? Des dispenses peuvent en effet être accordées pour l'âge et la publication, comme pour la parenté ¹.

L'art. 900 reçoit évidemment toute son application en ce qui concerne les règles relatives à la formation et à la dissolution du mariage, ainsi qu'aux droits et aux obligations purement personnels des époux ; mais quelques diffi-

¹ Art. 145, 169 C. civ. Arrêté du 20 prairial an xi. — Admettrait-on encore que la condition de se marier contrairement à la volonté de ses parents serait licite ? Nous ne le pensons pas, et cependant à un âge déterminé, à l'aide de certaines formalités, on peut se passer de ce consentement. La jurisprudence décide même que la condition qui désigne un tiers pour consentir au mariage est valable si ce tiers est un ascendant, alors même que la condition aurait pour résultat d'étendre les limites dans lesquelles le consentement des ascendants a été renfermé par la loi. Bordeaux, 15 février 1849, S. 49, II, 667. La même solution peut être préjugée dans l'arrêt de Cass. req. 22 janv. 1883, S. 84, I, 25.

cultés se présentent quand on a à juger certaines conditions qui ne visent que l'association conjugale quant aux biens.

Ainsi, un legs est fait à une femme mariée sous le régime de la communauté légale, à la condition qu'elle administrera seule et sans l'assistance du mari les biens donnés, et en touchera les revenus sur ses seules quittances : une semblable condition déroge aux règles de la communauté légale, mais à des règles qui n'ont rien d'essentiel, puisque, même sous ce régime, il peut être stipulé par contrat de mariage que la femme administrera seule une partie de ses biens. C'est donc que l'on a jugé qu'une semblable clause ne portait pas atteinte à l'autorité maritale ; bien plus, par l'admission du régime de séparation de biens, la femme se réserve l'administration et la jouissance de tous ses biens.

Dans notre hypothèse, cette liberté accordée à la femme intervient après le contrat de mariage, mais le mari n'y a pas moins consenti, car ce n'est qu'avec son autorisation que la femme a accepté la donation ou le legs conditionnel, et cela suffit pour que l'autorité du mari soit sauvegardée ¹. Mais la condition portant que la jeune donataire pourra aliéner ou hypothéquer l'immeuble donné, sans autorisation du mari, serait contraire à l'ordre public, car sous aucun régime il n'est permis à la femme d'hypothéquer ses biens ou d'en disposer sans l'autorisation du mari.

Toute condition qui tendrait à apporter une entrave quelconque à la puissance paternelle, quant au gouvernement de la personne même de l'enfant, devrait évidemment être réputée non écrite. Telles seraient celles qui décideraient que le père devra émanciper son enfant ², ou l'élever

¹ Paris, 5 mars 1846, D. P., 46, IV, 29. — DEMOLOMBE, XVIII, n° 313.

² Le droit romain donnait une solution contraire. L. 92, D., *De condit. et demonst.*, XXXV, 1. — DURANTON, VIII, n° 142.

dans telle religion, ou encore lui donner tel genre d'éducation. De semblables questions doivent en effet être laissées au libre arbitre du père, qui en est le maître et doit leur donner les solutions que lui dicte sa conscience, sans qu'aucune considération pécuniaire puisse venir influencer sa décision.

Nous ne parlons pas d'une condition qui enlèverait au père la jouissance légale des biens donnés à ses enfants ; une telle condition est en effet formellement déclarée licite par l'art. 387.

Mais que dire de la condition qui enlèverait au père l'administration légale de ces mêmes biens ? On a dit qu'une telle condition « devrait être maintenue, à moins qu'elle ne fût contraire aux véritables intérêts des enfants, auquel cas les tribunaux seraient autorisés à la déclarer non écrite ¹. » Ces auteurs font donc de cette question un simple point de fait sur lequel on doit statuer selon les circonstances. Nous croyons au contraire que la question doit être résolue en droit et en principe.

L'administration légale est-elle un attribut essentiel et inséparable de la puissance paternelle ? Si l'affirmative est reconnue vraie, quels que soient les avantages qui dans un cas particulier pourraient résulter pour les enfants de l'administration par une autre personne que le père, la condition devra être considérée comme contraire à l'ordre public et comme telle réputée non écrite.

La nov. CXVII, ch. 1^{er}, permettait aux étrangers de disposer au profit des fils de famille, à la condition que les personnes sous la puissance desquelles ils se trouvaient n'auraient ni la jouissance ni l'administration des biens donnés. Mais cette constitution ne saurait plus nous régir

¹ AUBRY et RAU, § 123, p. 502 et n. 15.

aujourd'hui ¹, attendu que la matière a été traitée d'une façon complète par le Code qui statue, art. 389, que le père est durant le mariage administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs; que le Code indique en outre formellement les cas dans lesquels le père pourra être privé de cette administration, et que l'art. 444, qui en contient l'énumération, n'indique pas la circonstance où des biens seraient donnés avec condition que l'administration échapperait au père. Cet art. 444 est bien le seul qui puisse être appliqué en la matière, puisque l'art. 389 ayant été placé en tête de la section 1^{re} du ch. II relatif à la tutelle, c'est que le législateur a entendu assujettir le père, administrateur légal, aux mêmes obligations que le tuteur ordinaire, pour les faits résultant de son administration.

Le Code sépare même avec un grand soin l'administration de la jouissance, on ne pourrait donc conclure de l'une à l'autre. Il prévoit tous les cas où l'administration et la tutelle pourraient être séparées : c'est ainsi que dans le cas où un mineur domicilié en France posséderait des biens dans les colonies ou réciproquement, l'administration de ces biens sera confiée au protuteur, art. 417. L'art. 1055 statue que les parents qui feront des substitutions au profit de leurs petits-enfants ou de leurs neveux pourront, par le même acte ou un acte postérieur en forme authentique, nommer un tuteur chargé de l'exécution de ces dispositions.

On ne peut pas dire que ce n'est pas à dessein que dans

¹ Les motifs de la nov. CXVII n'existent plus. Cette disposition avait pour but de tempérer la puissance paternelle, qui durait jusqu'au décès du père ou jusqu'à l'émancipation. Le fils de famille ne pouvant donc contraindre le père à rendre compte, l'exclusion de l'usufruit eût été illusoire, sans celle de l'administration. Aujourd'hui, la puissance paternelle finit nécessairement à la majorité de l'enfant.

l'art. 387 la loi ne parle que de la jouissance légale ¹; les articles qui précèdent ne parlent en effet que de cette jouissance légale.

Bien plus, l'art. 389, conçu à peu près dans la même forme que l'art. 384, eût appelé, si l'intention du législateur eût été conforme, une restriction analogue à celle établie par l'art. 387, et si cette restriction n'a pas été faite, ce n'est pas un oubli, car l'art. 389 lui-même, qui consacre la règle générale de l'administration par le père, rappelle les cas où celui-ci est privé de la jouissance pour décider qu'alors il devra compte de la propriété et des revenus. C'était bien l'occasion de signaler cette hypothèse analogue où le père serait privé par le disposant de l'administration elle-même et où il ne devrait aucun compte. Mais la loi ne l'a pas fait, et son silence pour nous est une confirmation du principe qui donne dans tous les cas l'administration au père.

Dans une situation analogue, celle de la femme sous la puissance maritale, la loi qui donne dans certaines circonstances à la femme la jouissance libre de ses biens n'oublie pas de lui en donner en même temps l'administration ², et il ne faudrait pas argumenter de ces dispositions légales et dire : le mari malgré la puissance maritale peut bien être privé de l'administration elle-même des biens de sa femme; pourquoi, dans la puissance paternelle, le père n'en pourrait-il pas être privé de la même manière? Il y a

¹ Des personnes pourraient être pleines d'intentions libérales pour les enfants, et au contraire avoir des motifs sérieux pour ne pas avantager le père, l'art. 387 leur fournit le moyen de se laisser aller à leur inclination, et le retrait de l'usufruit au père était suffisant à cet effet.

Le retrait de l'administration n'eût rien ajouté, puisque le père doit rendre compte de sa gestion et établir qu'il a administré en bon père de famille. Ainsi sont complètement levés les scrupules du disposant qui donne au père la charge, à l'enfant le profit.

² Art. 1538 et 1576.

une grande différence entre les deux situations, outre que la puissance paternelle peut être régie par des principes plus sévères que ceux de la puissance maritale ; dans les art. 1538 et 1576, ainsi que dans la question discutée plus haut, c'est la femme elle-même qui administrera, il n'interviendra pas un tiers qui se placera en face du mari et, abusant de son influence, jettera la désunion dans le ménage. Aussi nous n'hésiterions pas à déclarer non écrite, comme contraire à l'ordre public, la condition portée dans une donation faite à la femme, portant que l'administration des biens donnés appartiendra à un tiers. Ce serait là une suspicion d'incapacité contre la femme, et en semblable circonstance, son aide moral, son tuteur ne doit être un autre que son mari.

Au contraire, enlever l'administration au père, c'est toujours placer un tiers à ses côtés, une personne qui sera toujours pour l'enfant une provocation à la méfiance contre son père. Une semblable conséquence n'est-elle pas contraire à l'ordre public ? N'est-elle pas immorale, ne va-t-elle pas à l'encontre de toutes les dispositions légales qui, pour montrer la confiance dont le père doit être entouré, et augmenter ainsi son autorité, affranchissent l'administration légale de la subrogée tutelle, du contrôle, de la surveillance du conseil de famille, et de la garantie d'une hypothèque légale ?

L'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence paraît néanmoins contraire à notre opinion ¹. Nous terminerons cette discussion par une dernière observation. L'administration d'un étranger serait incompatible avec les dispositions contenues dans l'art. 450 code civil. C'est le tuteur,

¹ En notre sens, M. LAURENT, XI, n° 448. — Rouen, 29 mai 1845, S. 46, II, 379. — En sens contraire, DEMOLOMBE, XVIII, n° 314.

le père, qui représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, or, comment pourrait-il plaider, contracter relativement à des biens qu'il n'administre pas, s'il n'a aucun titre entre les mains ? Si le père doit représenter son fils dans tous les actes de la vie civile, c'est donc qu'il doit administrer. Vouloir appliquer les dispositions de la nov. CXVII ¹, ce serait établir une dérogation aux droits de la puissance paternelle, aussi contraire à l'esprit qu'au texte de la loi.

Quant aux conditions relatives à la tutelle, point de doute pour considérer comme illicites toutes celles qui pourraient avoir pour résultat de changer le mode de nomination d'un tuteur, de conférer le droit de le désigner à des personnes autres que celles que la loi a indiquées, ou encore d'augmenter les causes de destitution.

Mais la tutelle étant une institution d'ordre public, je ne pense pas qu'il soit possible en aucune manière de sanctionner des conditions qui tendraient à modifier les obligations et les pouvoirs du tuteur relatifs à la gestion du patrimoine du mineur en matière judiciaire ou extrajudiciaire, et à donner au tuteur d'autres surveillants que ceux qui sont établis par la loi. L'application a cependant fait surgir quelque doute.

Nous ne nous arrêterons pas sur la condition que les biens donnés seront administrés par une autre personne que le tuteur. On peut puiser dans la discussion à laquelle nous nous sommes livré plus haut les motifs qui nous font regarder une telle condition comme illicite. Nous ajouterons que s'il est permis de douter si la puissance pater-

¹ La jurisprudence décide que l'on peut enlever au père tuteur légal l'administration des biens légués à ses enfants. Nancy, 12 nov. 1874, S. 75, II, 44. Cass. req., 30 nov. 1881, S. 83, I, 149. En sens contraire, Liège, 18 mai 1881, S. 82, IV, 31.

nelle est établie dans l'intérêt du père ou dans celui de l'enfant, la tutelle est bien instituée dans le seul intérêt de l'incapable. C'est à ce point de vue que sont organisées toutes les mesures que consacre la loi. Or, s'il était possible de conférer l'administration à un autre que le tuteur, le mineur serait privé de toutes les garanties que la loi, dans un motif d'ordre public, a établies autour de la gestion du tuteur. En effet, il est impossible de soumettre l'administrateur à l'hypothèque légale, au contrôle et à la surveillance d'un subrogé tuteur et du conseil de famille.

Devrait être considérée comme contraire à l'ordre public la condition qui dispenserait le tuteur de faire inventaire ¹ des biens donnés ou légués aux mineurs, de vendre les meubles, ou d'observer pour la vente des immeubles les formalités requises par l'art 459 code civil, et cette solution doit être maintenue alors même que le mineur n'était pas héritier réservataire du disposant.

Bien que dans cette hypothèse, le testateur eût été libre de donner toute sa fortune au tuteur, il n'est pas exact de dire qu'il pouvait *à fortiori*, en laissant cette fortune au mineur, dispenser le tuteur de faire inventaire, et c'est bien le cas d'appliquer la maxime : *fecit quod non potuit, quod potuit non fecit*. Les décisions du droit romain que nous avons eu l'occasion de noter et qui permettaient au tuteur de s'abstenir d'inventaire, *si testatores qui substantiam transmittunt specialiter inventarium conscribi vetuerint*, s'expliquent par les pouvoirs presque absolus que ce droit laissait au testateur pour le gouvernement de ses

¹ L'acceptation bénéficiaire n'est disposition d'ordre public que dans les cas où elle est imposée par la loi; autrement elle n'est qu'une mesure de prudence mise à la disposition du public, qui n'est destinée qu'à protéger des intérêts purement privés. Aussi, je pense que la condition imposée à un légataire majeur et non réservataire de renoncer ou d'accepter purement et simplement, ne devrait pas être déclarée illicite.

biens et de ses enfants : ces pouvoirs sont au contraire restreints dans notre législation. Au reste, il n'est plus possible d'argumenter de ces anciennes dispositions en face des décisions si absolues des art. 461, 776, 794 code civil, qui font de l'inventaire nécessaire une mesure de protection pour les mineurs, et comme telle, une disposition d'ordre public à laquelle nul ne peut déroger ¹.

Il en est de même pour la dispense de vendre le mobilier, ou de suivre pour la vente des immeubles les formalités légales. Bien qu'il soit impossible de ne pas reconnaître que dans des cas particuliers, le défaut d'inventaire, la conservation des meubles ou la vente amiable des immeubles seraient certainement avantageux aux mineurs, principalement en les déchargeant de frais considérables ² et souvent inutiles, cependant on ne peut permettre aux juges de violer la loi sous le masque de l'équité ; où en arriverait-on si une semblable jurisprudence venait à s'introduire ? En matière de meubles, le conseil de famille, qui est appelé à désigner ceux que le tuteur peut être autorisé

¹ Un testateur peut valablement, comme condition du legs universel par lui fait à un mineur, imposer à celui-ci l'obligation d'abandonner à un tiers une propriété immobilière. Un pareil abandon n'a rien de contraire à la loi sur les tutelles, il suffit pour le légitimer d'une délibération du conseil de famille homologuée par justice. Ainsi l'a jugé la cour de Dijon, 10 juill. 1879, S. 80, II, 41, bien qu'il semble qu'une telle solution tende à consentir une vente des biens du mineur en dehors des cas et des conditions prévus par les art. 457, 458, 459, C. civ. La doctrine de l'arrêt est soutenue dans la note.

² La loi du 23 octobre 1884 a déjà apporté des dégrèvements considérables relatifs aux frais occasionnés par les ventes judiciaires d'immeubles. Notamment en ce qui concerne la procédure de licitation où les mineurs sont intéressés ; si les mises à prix ne dépassent pas deux mille francs, le trésor doit restituer tous les droits de timbre, enregistrement, greffe et hypothèque, perçus dans l'instance en licitation, et si l'adjudication ne dépasse pas mille francs, les agents de la loi subissent une réduction d'un quart sur les émoluments qui leur sont alloués en taxe. V., à ce sujet, l'instruction de l'administ. de l'enregist. du 3 décembre 1884, publiée à la suite de la loi dans S. 85, V, p. 706 et s.

conserver, pourra avoir un grand égard à la volonté du testateur, ce sera même un devoir pour lui : mais c'est là le seul tempérament qu'il soit permis d'apporter aux dispositions de la loi ¹.

Nous déciderons, pour les mêmes motifs, que la dispense pour le tuteur de rendre compte, apposée conditionnellement à une libéralité faite par un tiers au mineur, devrait être réputée non écrite, comme contraire à l'organisation tutélaire ².

Mais si la donation ou le legs étaient faits sous cette condition par le tuteur lui-même à son ancien pupille, il y a de puissants motifs pour annuler aussi cette condition. Cette libéralité sera faite, en effet, le plus souvent pour couvrir une gestion irrégulière, et le mineur devenu majeur ne peut pas renoncer au droit d'attaquer le compte de tutelle, sans que cette renonciation soit atteinte du même vice que le compte lui-même rendu en dehors des formalités prescrites par les art. 472 et 2045 C. civ.

Ne doit-on pas déclarer que le plus souvent aussi de semblables dispositions ne pourront être considérées comme des libéralités ? Ce seront des dispositions qui, loin d'être inspirées par l'idée libérale, auront pour cause unique le désir d'obtenir quittance de la gestion sans avoir rempli les formalités légales, et alors, la cause étant illicite, la disposition elle-même devra être déclarée illicite et nulle. L'art. 900 ne recevra plus son application, car nous serons alors dans la troisième exception formulée précédemment.

¹ En sens contraire : DURANTON, III, n° 358. — TOULLIER, II, n° 1198. — TROPLONG, *Donations*, I, 262. — DEMOLOMBE, XVIII, n° 315, reconnaît la dispense des formalités de justice pour la vente des immeubles valable, et déclare illicite la dispense d'inventaire.

² Dans notre ancien droit, la condition de renoncer à demander la reddition d'un compte de tutelle était déclarée licite sans difficulté. — RICARD, *Dispos. condit.*, n° 243. — FURGOLE, *Testam.*, ch. VII, section 2, n°s 110 et s.

Cependant des auteurs ¹ et la jurisprudence ² déclarent que dans cette hypothèse, la disposition et la condition forment un tout indivisible et tel que le pupille ne peut, en usant de la faculté que lui donne la loi de demander compte, retenir le bénéfice de la libéralité, sous prétexte que la condition y apposée doit être réputée non écrite. Autrement dit, il n'y aurait là qu'une option proposée entre la demande en reddition de compte et la libéralité. Ah ! nous comprenons cette conclusion et les motifs qui en sont donnés dans la doctrine de ceux qui, comme M. Grenier ³, soutiennent que le droit à la reddition de compte est purement pécuniaire, et que le pupille peut librement et valablement y renoncer. Mais lorsque l'on reconnaît que la nécessité de rendre compte est d'ordre public, il n'y a qu'une solution possible : ou la disposition est la conséquence d'une volonté purement libérale, et alors l'art. 900 doit recevoir sa complète application, c'est-à-dire que le pupille pourra demander compte, et en outre retenir la libéralité, la condition étant effacée ; c'est là même ce qui devra être présumé, vu l'apparence de l'acte ; ou les personnes intéressées à enlever la libéralité au pupille viendront établir que la volonté libérale n'était pas dominante, que la disposition ne contenait qu'un marché onéreux, et alors, le pupille qui a fait défaillir la condition se verra privé de la libéralité ; mais ce ne sera pas pour avoir manqué à la condition, pour être sorti des termes d'une option que lui avait laissée le disposant, ce sera parce que la condition a vicié l'acte lui-même et que l'art. 900 est inapplicable.

Que donne-t-on pour motif ? l'indivisibilité qui existe

¹ AUBRY et RAU, § 692, p. 289-290.

² Pau, 3 mars 1869, S. 69, II, 109 ; Req. rej., 21 décembre 1869 ; S. 70, I, 130.

³ GRENIER, *Donations*, I, n° 153.

entre la libéralité et la condition ? Mais cette indivisibilité existe dans toute disposition conditionnelle, qui contient toujours une option laissée à la personne que l'on a l'intention de gratifier sous condition. Je ne nie pas, que ce ne soit une juste et saine appréciation de la volonté du disposant, aussi cette doctrine nous semble être une révolte de la raison contre le principe de l'art. 900, que nous avons justement critiqué. Mais il ne faut pas oublier que cet article, quelque irrationnel qu'il soit, existe, et que l'on doit en accepter les conséquences.

La doctrine que nous réfutons était admise en droit romain, mais là du moins il y avait des lois formelles qui la consacraient.

Les lois d'ordre public sont celles qui consacrent l'arrangement politique et social, nous venons d'examiner quelques conditions qui visent cette organisation. Ce sont aussi celles qui ont pour but de défendre, protéger, conserver cet ordre social. Les conditions qui entraîneraient une violation des lois pénales, des lois de police et de sûreté ¹, des lois d'impôts, devraient donc être déclarées illicites et effacées comme telles.

N° 2. — LOIS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL.

Il est cependant d'autres lois auxquelles l'art. 6 défend de déroger, et que l'on comprend dans cet article pour répondre à l'esprit du législateur, ce sont les lois qui sont édictées dans un intérêt général. Les conditions qui tendraient à la violation de ces lois devraient donc être déclarées illicites.

¹ Est illicite la fondation faite au bénéfice d'ouvriers tombés dans le malheur par suite de leurs opinions socialistes. Req., 4 août 1856, D. P., 56, I, 453-454.

Les lois sur la propriété, ses conditions d'existence et de transmission, ne sont certainement pas fondamentales de l'édifice social. Que les individus aient le droit de perdre ou d'acquérir, comme ils le voudront, la société n'en continuera pas moins d'exister. Le premier moyen de conserver la société est d'établir entre ses membres une harmonie durable et de les ranger en différentes classes, de leur attribuer différents états indépendants de leur caprice. Les lois sur la propriété ne viennent qu'en second ordre, elles ne sont pas d'ordre public, mais d'intérêt général : il est en effet reconnu que certaines conditions de la propriété sont plus favorables au développement de la richesse des particuliers, qui forme la richesse et le bien-être national.

Nous avons rencontré jusqu'ici quelques difficultés pour décider si certaines conditions entraînent la violation d'une loi d'ordre public ; il s'en trouve encore de plus grandes quand il s'agit de délimiter le domaine de l'intérêt général et de l'intérêt privé.

Nous grouperons les questions intéressantes de la matière dans trois parties relatives à la défense d'aliéner, défense de saisir, et à l'interdiction des pactes sur successions futures.

a) *De la défense d'aliéner.*

L'aliénabilité de la propriété est d'intérêt général, aucun texte ne le proclame, mais cela ressort de l'ensemble des dispositions du Code et de la raison. La loi, en effet, dans les cas où elle permet formellement [de stipuler] l'inaliénabilité, nous montre qu'en le faisant elle établit une exception grave, une faveur qui ne se justifie que par des considérations supérieures d'ordre public, par exemple la faveur due aux mariages. Si les substitutions sont prohibées, n'est-ce pas parce qu'elles sont contraires au principe de l'aliénabi-

lité dont la loi reconnaît implicitement la souveraineté ¹? Et si elles sont permises dans certaines limites, n'est-ce pas pour assurer un intérêt supérieur, la conservation des familles, qui est d'ordre public?

La raison ne nous montre-t-elle pas que les biens frappés d'inaliénabilité resteraient souvent dans des mains inhabiles à les exploiter, alors que d'autres plus expérimentées en seront privées? La circulation sans aucune entrave des biens est la seule condition qui permette d'en tirer le plus grand profit et de porter la richesse publique à son apogée, en amenant par une série de transmissions les biens à ceux qui seront capables d'en tirer le plus grand profit. La règle de l'inaliénabilité est donc d'un intérêt général évident ²; on doit en conclure que la loi seule a le droit de décider quels sont les cas où cet intérêt doit fléchir devant un autre égal ou supérieur, et que dans son silence toute condition qui tendrait à y porter atteinte est illicite et tombe en conséquence sous l'application de l'article 900.

On est loin cependant d'accorder à cette règle toute l'étendue que son caractère semble comporter. Le seul point qui ne soit pas contesté et qui ne pouvait l'être sans nier le principe même est que la condition de ne pas aliéner, imposée pour un temps illimité d'une manière absolue ³ est bien

¹ La clause d'inaliénabilité [attachée à des immeubles] même grevée de substitution est nulle, par suite cette clause ne peut faire obstacle à une prise d'inscription des créanciers du donataire ou légataire, sauf résolution de leur hypothèque en cas d'ouverture de la substitution. Caen, 12 juin 1854, D. P., 55, II, 193.

² La clause d'inaliénabilité est nulle, même si la libéralité s'adresse à un établissement public. Lyon, 22 mars 1866, D. P., 66, II, 84.

³ Douai, 23 juin 1851, D. P., 52, II, 245. Cet arrêt décide que cette prohibition absolue d'aliéner n'a pour le donataire que la valeur d'un simple conseil. Il ne pourrait donc en exciper pour faire annuler l'aliénation qu'il aurait consentie. V. aussi Douai, 29 déc. 1847, D. P., 48, II, 68. Req., 9 mars 1868, D. P., 68, I, 309, note 3.

illicite ; mais en dehors de ce cas et de ceux où l'ensemble de la disposition peut être regardé comme substitution prohibée, toute dérogation au principe de l'aliénabilité a été discutée et a trouvé des défenseurs pour en soutenir la validité et en demander l'exécution dans les actes de disposition entre-vifs ¹.

Les exceptions dans lesquelles on veut justifier la condition d'inaliénabilité peuvent se ranger sous les trois titres suivants : la condition a été stipulée dans l'intérêt du disposant lui-même, dans l'intérêt d'un tiers, et enfin dans l'intérêt du donataire ou légataire.

Condition d'inaliénabilité stipulée dans l'intérêt du disposant. Nous nous plaçons immédiatement dans les hypothèses où cet intérêt est bien manifeste, bien établi ; autrement, comment pourrait-on soutenir qu'un intérêt privé plus ou moins probable puisse entrer en lutte avec l'intérêt général ?

Nous réfutons au début de cette discussion l'argument invoqué par les auteurs et les tribunaux pour soutenir la plupart des exceptions qu'ils consacrent : une interdiction temporaire d'aliéner ne saurait, dit-on, être assimilée à une interdiction absolue et indéfinie qui aurait pour résultat de mettre pendant *un long temps* les biens hors de la circulation ². La doctrine et la jurisprudence en décidant ainsi font la loi, et la font mal. Quel est le délai maximum que

¹ V. Angers, 13 décembre 1878, S. 79, II, 322 ; Cass., 20 mai 1879, S. 80, I, 14 et le renvoi ; Paris, 14 juin 1883, S. 84, II, 171. Ce dernier arrêt décide que le legs universel fait en usufruit à titre de pension alimentaire incessible et insaisissable, au profit d'une personne, a pour effet d'interdire aux légataires la cession de ces biens ; que cette interdiction, bien que dictée dans l'intérêt du légataire, pèse sur lui comme empêchement à certains actes déterminés ; qu'il ne lui est pas plus permis de se soustraire à l'incapacité relative qui en dérive, qu'il n'est permis à la femme mariée ou au mineur de se soustraire à l'incapacité générale dont en cette qualité ils sont frappés.

² Cass., 20 avril 1858, D. P., 1858, I, 154.

l'on concédera à l'inaliénabilité? où se trouve la limite de ces décisions, et sur quelles bases l'établir? Il n'y a là que de l'arbitraire. Une loi d'intérêt général existe, on doit entièrement la respecter, l'intérêt particulier lui doit sa soumission entière, dire que l'on peut la violer pendant un certain temps est un non-sens.

L'intérêt du disposant doit être un intérêt matériel, un seul intérêt moral, tel que le désir de ne pas voir de son vivant le bien donné passer dans d'autres mains que celles du donataire, ne saurait légitimer la condition: on ne peut, pour la simple satisfaction d'un particulier, déroger à une règle d'intérêt général ¹.

La défense d'aliéner serait-elle justifiée par *le désir de se ménager le droit de retour conventionnel ou légal* ²? Il faudrait d'abord, pour que la question puisse se poser, que ce désir ressortit bien clairement des énonciations portées dans l'acte. On ne pourrait l'induire de cette seule défense d'aliéner qui devrait alors être rejetée sans hésitation. Supposons au contraire dans la disposition une stipulation relative au droit de retour: s'il s'agit du droit de retour légal, c'est-à-dire du droit de succession que la loi elle-même confère à l'ascendant donateur, je ne vois pas en quoi l'adjonction d'une semblable clause, qui ne modifie en rien le droit ordinaire et qui par conséquent est inutile, puisqu'elle peut être toujours sous-entendue, peut servir à en valider une autre qui seule serait effacée. Il serait évidemment utile pour le disposant que le donataire n'aliénât pas les biens donnés, puisque c'est à cette condition que la succession doit s'ouvrir; mais la loi, en imposant cette condition à l'ouverture de la succession, indique par là même que le

¹ TROPLONG, I, n° 271, est d'un avis contraire.

² Douai, 23 juin 1831, D. P., 52, II, 245. Req., 9 mars 1868, D. P., 68, I, 309.

principe de la libre circulation des biens, la liberté d'aliéner ne doit subir aucune entrave dans l'intérêt de ce droit de succession qui n'est qu'éventuel, et qu'elle n'introduit que par grande faveur pour le donateur.

Nous ne comprenons donc pas comment on a pu dire que la défense d'aliéner pouvait être validée dans l'intérêt de la conservation d'un droit de retour légal.

En effet, dans l'hypothèse que nous venons d'indiquer, les tribunaux auront le plus souvent à statuer sur le point de savoir si la stipulation qui se trouve dans l'acte ne doit pas s'entendre d'un droit de retour conventionnel. Ce dernier droit portant atteinte au principe de l'irrévocabilité des donations ne peut être sous-entendu ; c'est ainsi que l'on décide qu'il n'est pas implicitement contenu dans une donation par avancement d'hoirie. Il doit résulter d'énonciations fournies par l'acte lui-même, toutefois on s'accorde généralement à décider que la réserve du retour conventionnel ne doit pas nécessairement être expresse et qu'elle peut résulter de l'ensemble de l'acte. Or, le disposant s'est réservé formellement le retour légal, n'a-t-il pas commis une erreur ? Cela ne doit-il pas s'entendre du retour conventionnel, en vertu de ce principe d'interprétation qui veut qu'une clause soit comprise dans le sens qui lui donne un effet plutôt que dans un sens qui la rend superflue ? Ne doit-on pas le faire d'autant plus que le disposant par la défense d'aliéner a entendu se rapprocher des effets du retour conventionnel prévus par l'art. 952 ? Admettons que les juges aient ainsi décidé, la défense d'aliéner devrait encore être effacée comme elle devrait l'être même si la réserve de retour conventionnel était expresse.

La loi prend en effet dans l'art. 952 toutes les dispositions nécessaires pour que ce droit de retour soit assuré : il opère à l'instar d'une condition résolutoire. La loi a pensé

avec raison qu'il suffisait pour la tranquillité du donateur qu'il eût la possibilité de faire résoudre les aliénations consenties par le donataire. Cette résolution est destinée à produire de grands troubles, de grandes perturbations dans l'état de la propriété qui doit être stable ¹. La loi eût pu pour éviter ces inconvénients décider que la personne qui aurait entre les mains une propriété soumise à un droit de retour ou à toute autre condition résolutoire, ne pourrait aliéner tant que l'événement auquel le maintien de son droit est subordonné ne se serait pas accompli. Elle ne l'a pas fait, car il eût fallu pour cela porter atteinte au principe de la circulation des biens, en enlevant à la propriété un caractère qui est de son essence : l'aliénabilité.

Résoudre des aliénations est déjà grave, c'est une violation apportée aux conditions d'existence de la propriété qui sont d'intérêt général, dans le but d'apporter un soutien à un autre principe, celui de la liberté des conventions. La loi seule entrant dans ce domaine inaccessible aux particuliers pouvait aller plus loin dans la voie des garanties à accorder aux donateurs, elle ne l'a pas fait et nul ne peut le faire à sa place.

Si le disposant s'est réservé l'usufruit des biens donnés, peut-il, dans un but de sécurité pour le maintien du droit qu'il stipule, interdire au donataire l'aliénation ² ? Nous pensons que dans cette hypothèse la défense d'aliéner ne doit pas être déclarée illicite. Le donateur, en effet, en l'imposant, ne va pas à l'encontre de l'intérêt général, il entre au contraire dans les vues du législateur en diminuant les désastreuses conséquences qui résultent de la séparation entre plusieurs mains du *jus utendi* et du *jus abutendi*.

¹ Ces effets seront atténués dans une large mesure par la transcription.

² Civ. cass., 20 avril 1858, D. P., 58, I, 154-155, et sur renvoi, Grenoble, 25 janv. 1860, D. P., 61, 5, 104. Req., 27 juill. 1863, D. P., 64, I, 494.

L'intérêt particulier de l'usufruitier se rencontre ici avec l'intérêt général. Si en effet la présence de deux individus qui se sont partagé volontairement et *intuitu personæ* les éléments de la propriété a été jugée de nature à amener une dépréciation considérable de la propriété, à tel point que la loi a cru devoir resserrer la liberté en cette matière dans des limites très restreintes, combien cette dépréciation deviendra plus grande, si le nu propriétaire vient à aliéner ses droits et surtout s'il les tenait d'un acte de libéralité. Le donateur usufruitier en présence d'un nu propriétaire donataire jouira le plus souvent en bon père de famille, les rapports entre eux seront faciles et continueront à être dictés par l'esprit de générosité d'une part, de reconnaissance d'autre part, qui a présidé à la donation ¹. Si le nu propriétaire vient à céder ses droits, outre que la nue propriété se vend mal, l'usufruitier ne gardera plus aucun ménagement; blessé dans son amour-propre de donateur qui aurait aimé voir le bien donné conservé religieusement, il sera tenté d'abuser de sa jouissance en diminuant le plus possible la valeur du bien qu'il voit avec regrets à un étranger. Ainsi, la dépréciation de la propriété, en devenant certaine, sera aussi plus considérable. C'est pourquoi nous concluons que l'intérêt du donateur, d'accord ici avec l'intérêt général, permet de maintenir la défense d'aliéner ².

M. Demolombe, qui donne une solution conforme à la nôtre, l'étend au cas où la défense d'aliéner est *destinée* à

¹ Ce raisonnement n'est-il pas naturel, surtout dans le cas où il s'agirait d'un ascendant qui a fait par donation entre-vifs le partage anticipé de ses biens entre ses enfants ?

² Est valable selon la jurisprudence la défense d'aliéner sans le consentement du donateur durant la vie de celui-ci. Angers, 29 juin 1842, D. P., 46, IV, 163. Orléans, 17 janv. 1846, D. P., 46, II, 203. Bourges, 14 décemb. 1852, D. P., 43, V, 257. Nancy, 24 décemb. 1869, D. P., 72, II, 57. Pour un partage d'ascendants, Paris, 13 avril 1858, D. P., 59, II, 10.

garantir un droit d'usage et même un simple droit de passage établi sur l'immeuble donné. Nous ne pouvons suivre cet éminent auteur dans ces extensions. Comment la défense d'aliéner peut-elle garantir la conservation d'un droit de passage? L'aliénation du fonds ne peut produire pour le donateur que des désagréments très légers, encore ne sont-ils pas certains, et comment oser mettre de si petits intérêts en balance avec un principe d'intérêt général? S'il s'agit de la conservation d'un droit d'usage, il semblerait à première vue que l'on pût justifier dans ce cas la défense d'aliéner comme on l'a fait pour l'usufruit. Il n'en est rien, de profondes différences existent qui commandent une autre solution. L'usufruit absorbe tous les fruits du fonds et ne laisse au propriétaire que des charges, il est donc à bon droit restreint par la loi qui le regarde avec défaveur; l'usage au contraire, ne prenant des fruits que jusqu'à concurrence de ses besoins, laisse à la propriété une utilité qui varie, mais qui peut être considérable; aussi la loi ne lui est point hostile et permet de l'établir d'une façon perpétuelle: il l'est en effet quand il est établi au profit d'une personne morale ¹. Ajoutons que l'usage peut emprunter le caractère d'une servitude réelle ², et ainsi être l'objet de toute la sollicitude du législateur; une servitude réelle donnant le plus souvent beaucoup de prix à une propriété en empruntant quelque chose d'une autre qui n'en souffre que dans une bien moindre proportion. Il est donc impossible de conclure de l'usufruit au droit d'usage, car le principe de l'aliénabilité, qui semble devoir fléchir dans ses mains du donataire usufrui-

¹ L'usufruit établi dans les mêmes conditions, serait au contraire restreint à trente ans.

² Exemple : Un droit d'usage aux échelas pour l'entretien des vignes, au bois de chauffage pour les habitants d'une maison, au parcours, pour les bétails nécessaires à l'exploitation d'une ferme.

tier, reprend au contraire toute sa force en face de l'usager.

Si un bien était donné à la *charge d'une rente viagère ou d'une dette d'aliments en faveur du donateur*, la défense d'aliéner serait-elle licite? Nous répondrons encore ici négativement. La loi a créé dans cette hypothèse une garantie suffisante. Le donateur a en effet le droit de demander la révocation de la donation, art. 953, et on ne va même pas jusqu'à prononcer la résolution des aliénations faites par le donataire, si les tiers détenteurs offrent d'exécuter les obligations imposées à ce dernier, et si, du reste, la charge ne présente pas un caractère personnel qui ne lui permette pas d'être accomplie par un autre que le donataire lui-même. Ainsi, les intérêts du donateur sont entièrement sauvegardés, et la loi ne prévoit en sa faveur aucune atteinte au principe de la libre circulation des biens, or, une semblable dérogation ne peut émaner de l'initiative d'un particulier, qui ne saurait se montrer plus sage que la loi.

Condition d'inaliénabilité stipulée dans l'intérêt d'un tiers. — L'hypothèse se présentera dans le cas de disposition avec réserve de droit d'usufruit, d'usage, ou d'une rente au profit d'un tiers, et nous donnerons ici la même solution, c'est-à-dire que, à l'exception du cas où l'usufruit aura été distrait, nous déciderons illicite la défense d'aliéner, et avec d'autant plus de raisons que le disposant, s'étant entièrement dépouillé, possède un intérêt moins sérieux, moins direct, à l'exécution de la condition. Nous l'avons dit, il ne suffit pas, comme le soutiennent les partisans de la doctrine contraire, que la défense d'aliéner ne soit que temporaire et motivée par un intérêt sérieux, pour qu'elle puisse être légitime; dès qu'il y a un intérêt général en cause, tout intérêt particulier doit s'effacer devant lui. Du reste le tiers n'est pas privé de garantie, il peut avoir une hypothèque, il n'a pas, il est vrai, le droit de révoca-

tion qui appartient au donateur seul, mais il a l'art. 1978. Si son débiteur est l'héritier, en admettant qu'il n'eût pas d'hypothèque légale en vertu de l'art. 1017, il peut prendre une hypothèque conventionnelle, et il a comme tout créancier de la succession le privilège de l'art. 2111, fondé sur la séparation des patrimoines.

Condition d'inaliénabilité stipulée dans l'intérêt du donataire ou du légataire. — Supposons que le disposant connût les instincts de prodigalité et les habitudes de désordre de la personne qu'il veut gratifier. Ne pourrait-il pas, dans un but de sage prévoyance, lui enlever la faculté d'aliéner, en le gardant ainsi contre ses propres entraînements ? Nous ne le pensons pas. Malgré tous les égards que l'on doit avoir pour une semblable disposition qui, dans certains cas, peut être d'une utilité évidente, elle ne doit pas être déclarée licite ¹. La loi, en effet, a indiqué des moyens de protection contre la faiblesse des facultés intellectuelles et la prodigalité. Ces dispositions tiennent à la capacité, qui est d'ordre public, et ne sauraient être remplacées par d'autres, par le seul bon plaisir d'un particulier. Si l'on se trouve dans la situation qui justifie l'interdiction ou le conseil judiciaire, que l'on ait recours à ces modes de protection, sinon, laisser au donataire sa liberté, sa capacité, est le meilleur moyen pour lui de développer ses forces et son énergie : il acquerra par là une expérience qui le rendra utile à la société ².

¹ La prohibition d'aliéner imposée au légataire avant l'âge de trente ans est nulle. Douai, 29 décemb. 1847, D. P., 48, II, 68.

² C'est bien encore parce que la condition d'inaliénabilité est une clause illicite, que l'on doit l'effacer dans une donation d'immeubles faite même à une femme mariée commune en biens, et non, comme l'a déclaré la cour de Caen (18 décemb. 1849, D. P., 51, II, 233), parce qu'une telle condition apporterait une modification aux conventions matrimoniales, art. 1395. Un tiers donateur n'est pas lié en effet par le contrat de mariage.

Il ne faudrait pas considérer comme une défense d'aliéner la condition imposée de proposer l'acquisition en cas d'aliénation à certaines personnes désignées, et de préférer celles-ci à égalité d'offres. Une telle condition ne porte en effet aucune atteinte à l'intérêt général, elle le sert au contraire en faisant parvenir des biens à des personnes qui sont connues pour les convoiter depuis longtemps, et en tireront le plus souvent un meilleur parti. Si au contraire la condition portait défense d'aliéner à certaines personnes, elle devrait être rejetée, comme pouvant dans des circonstances données être l'équivalent d'une défense absolue, et, dans tous les cas, comme contraire à l'intérêt général, pour des motifs inverses de ceux donnés dans l'hypothèse contraire.

La prohibition d'aliéner étant une dérogation à une règle d'intérêt général, doit être entendue avec la plus grande restriction ; elle ne comprend donc pas la défense d'hypothèques, ni celle de constituer des droits réels ¹. Que si ces derniers droits avaient fait l'objet d'une défense expresse, une semblable condition ne devrait pas être réputée licite. Le droit d'hypothèque, comme celui de constituer des droits réels, sont en effet des attributs du droit de propriété, qui ne peuvent en être détachés sans porter atteinte au droit de propriété lui-même tel que la loi l'a établi, et que la loi seule a le droit de restreindre dans un intérêt général ².

¹ Il est vrai qu'en principe, celui qui ne peut aliéner ne peut non plus hypothéquer ni constituer des droits réels. Mais un tel principe suppose que l'on se trouve en face d'une personne qui n'est pas propriétaire ou qui est frappée d'incapacité, ce qui n'est pas notre hypothèse.

² Il est encore d'autres cas où la loi apporte des modifications au droit de propriété. C'est ainsi que les restrictions aux droits de disposition et d'administration des héritiers ou légataires universels propriétaires, font passer une partie de leurs droits entre les mains d'un exécuteur testamentaire. Cette disposition est exceptionnelle, elle devra donc être entendue le plus strictement possible. On ne pourra sortir des limites des art. 1026 et s. qui fixent les pouvoirs qui peuvent être donnés à ces exécuteurs de la volonté du défunt.

La défense d'aliéner ne comprend pas davantage celle de tester ; cette défense imposée au donataire présenterait encore pour le disposant un bien moindre intérêt ¹. L'absence de testament n'empêchera pas en effet les biens d'arriver en des mains nouvelles souvent autres que celles prévues par le donateur. Elle n'a d'utilité bien frappante que dans le cas où celui-ci aurait voulu s'assurer un droit de retour légal. Mais nous avons déjà vu qu'une semblable volonté ne peut produire d'effet, ou elle s'entendra d'un retour conventionnel. Si les tribunaux ne le décident pas ainsi, le disposant subira la peine de sa propre faute ; pourquoi n'a-t-il pas usé du moyen que lui donnait la loi, et stipulé le retour en cas de prédécès du donataire ?

La défense d'aliéner contient-elle celle de saisir ? C'est là une question à laquelle il ne nous sera possible de répondre que lorsque nous aurons étudié le caractère d'un second genre de clauses relatives à des modifications des conditions ordinaires de la propriété, celles concernant l'insaisissabilité : nous pourrons alors trancher les difficultés qui touchent à la fois à l'inaliénabilité et à l'insaisissabilité ².

b) *De la défense de saisir.*

Il est de l'intérêt général que les biens qui sont dans le commerce soient aliénables, ils doivent être aussi saisissables. Ce second principe, qui se trouve formulé dans l'article 2092 code civil, ne touche pas seulement à l'intérêt

¹ La défense de tester n'est pas regardée comme consacrant une substitution.

² Il ne rentre pas dans les limites de cette étude de discuter les effets de la défense d'aliéner. Nous n'avions qu'à en apprécier le caractère licite ou illicite, au point de vue de l'art. 900.

Cependant, les effets de cette condition devront être indiqués d'une façon sommaire lorsque nous résoudrons les questions dont nous réservons ici la solution.

privé, il est établi surtout dans un intérêt général, et à ce titre on ne saurait y apporter de dérogation. Quiconque s'oblige affecte en garantie ses biens présents et à venir : c'est là une règle qui est destinée à faciliter les négociations, à consolider le crédit, en assurant la bonne foi et l'exécution de toutes les obligations.

Cependant la loi elle-même, dans un but supérieur d'humanité, a permis de déclarer certains biens insaisissables. L'art. 1981 code civil contenait déjà une énonciation relative à la rente viagère, mais c'est le code de procédure qui en donne une énumération complète dans les art. 581 relatif à la saisie-arrêt, et 592 relatif à la saisie-exécution.

Le n° 3 de l'art. 581 est celui qui présente pour nous le plus d'intérêt ; il déclare insaisissables : « les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur. » C'est là une disposition nouvelle dans notre droit, qui était de nature à porter une grave atteinte au principe de l'art. 2092 ; mais l'art. 582 vient en diminuer la portée, en déclarant que les sommes et objets stipulés insaisissables par le disposant pourront être saisis, d'abord pour les aliments, et encore par tous les créanciers postérieurs, avec la permission du juge. Les créanciers antérieurs sont donc seuls exclus sur ces biens. La disposition de l'art. 581 étant exceptionnelle, dérogatoire à une règle d'intérêt général, doit être entendue dans son sens le plus strict. Tous les biens qui ne seront pas compris d'une façon certaine dans son texte ne pourront donc pas être soumis d'une façon licite à la condition d'insaisissabilité.

Cet art. 581, n° 3, ne prononce d'affranchissement qu'en ce qui concerne les objets et sommes *disponibles*. Il ne peut donc jamais porter sur la réserve légale déterminée par l'art. 913 ; une clause d'insaisissabilité relative à la portion de biens réservée serait donc illicite, et les créanciers

même antérieurs, n'en pourraient pas moins le saisir comme leur gage; ils ont pu, en effet, y compter légitimement.

On ne pourrait non plus donner des immeubles sous la condition d'insaisissabilité, une telle condition apposée à une telle donation devrait être effacée comme illicite ¹. C'est en vain que l'on objecte que l'art. 581 ne fait aucune distinction entre les biens dont il parle dans son n° 3, que les créanciers antérieurs n'ont pas contracté en vue de ces immeubles qui n'étaient pas encore dans le patrimoine de leur débiteur, et qu'ainsi, l'insaisissabilité ne saurait leur nuire, que si une semblable clause est déclarée illicite, ces créanciers n'y gagneront rien, et le débiteur y perdra, car la donation ne sera pas faite.

L'art. 581 se trouve placé sous le titre de la saisie-arrêt, ce qui suppose qu'il n'a en vue que des meubles, seuls biens qui puissent faire l'objet d'une opposition. Mais, en outre, les 1°, 2° et 4° de cet article ne contiennent que l'énonciation de meubles; comment la loi eût-elle égaré une règle si générale au milieu d'autres dispositions qui sont essentiellement restreintes? Elle n'a pas commis un tel manque de méthode. Si elle avait eu l'intention d'établir pour les immeubles une insaisissabilité copiée sur celle de l'art. 581, elle eût réservé un article analogue au titre de la saisie immobilière. Bien plus, le législateur, au titre 19 du code

¹ V. arrêt de la Cour de cass. belge du 2 mai 1878, S. 80, II, 108, qui décide que la clause d'insaisissabilité des immeubles est illicite et non écrite à l'égard des créanciers antérieurs. La jurisprudence est au contraire formellement favorable à cette clause. Req., 10 mars 1852, S. 52, I, 344. — Cass., 27 juill. 1863, S. 63, I, 463, et notamment Cass., 20 déc. 1864, S. 65, I, 9, et la note.

MM. A. et R., § 692, texte et n. 40, et TROPLONG, *Donat.*, I, n° 272, sont de l'avis de la jurisprudence française. Contra : DEMOLOMBE, *Donat. et test.*, I, 311; CHAUVEAU, *Proc.*, n° 2198, § 3, p. 408.

civil qui traite de l'expropriation forcée, a indiqué avec soin les restrictions qui devaient être apportées à la faculté que possède le créancier de poursuivre l'expropriation des biens immobiliers de son débiteur. Les art. 2205, 2209, 2210, 2212 ¹, ne contiennent aucune mention relative à une clause d'insaisissabilité prononcée par le donateur ou le testateur. Un tel silence ne peut être considéré que comme une consécration pour tous les autres cas du principe d'intérêt général contenu dans l'art. 2092, confirmé par l'art. 2204.² Les motifs du législateur s'opposaient du reste à ce qu'il comprit les immeubles dans l'art. 581, 3° C. pr. civ. Cet article a en effet été dicté par des considérations d'humanité. On a voulu qu'un donateur pût assurer des secours à un donataire dans l'embarras, sans crainte que sa libéralité, changeant de destination, passe entre les mains de créanciers antérieurs qu'il ne connaît pas. La loi, il est vrai, ne limite pas le montant de ces biens disponibles qui peuvent échapper ainsi aux créanciers. Et, pourrait-on dire, la donation d'un immeuble sera souvent de moindre importance qu'une donation de titres ou sommes d'argent. Nous ne pouvons le contester, mais au moment de la rédaction du code, la propriété des meubles n'avait pas acquis la valeur qu'elle a de nos jours, et nous savons que nos codes entiers ont été dictés sous l'empire de la maxime *vilis mobilium possessio*. Mais en eût-il été autrement, je ne pense pas que la décision eût été modifiée, il n'est pas en effet dans l'usage d'assurer les moyens d'existence et l'entretien d'une personne en lui remettant des immeubles. Les sommes d'argent, si considérables qu'elles soient, sont nécessaire-

¹ Les principes de la dot s'opposent à ce qu'une expropriation soit dirigée contre un immeuble dotal. Le décret du 1^{er} mars 1808, le sénatus-consulte du 30 janvier 1810, déclaraient insaisissables les immeubles érigés en majorats et les biens composant la dotation de la couronne.

ment cachées, et mettent le débiteur moins en vue qu'une grande propriété immobilière. Les créanciers obligés de se priver en face de la richesse de leur débiteur en seront toujours moins blessés.

Les adversaires reconnaissent que s'il est permis de déclarer des immeubles insaisissables, une telle clause n'aura d'effet qu'à l'égard des créanciers antérieurs, conformément à l'art. 582. Dans ces limites, disent-ils, la loi, loin d'apporter une dérogation à un principe d'intérêt général, n'a fait que consacrer une conséquence favorable au débiteur, tirée de cette idée que ces créanciers antérieurs, en contractant, n'ont pas pu compter sur les biens qui lui adviendraient plus tard par donation ou testament; s'ils l'ont fait, ils ont été imprudents, et ils doivent en subir les conséquences. On voudrait écarter l'art. 2092, qui donne si formellement en gage aux créanciers les biens à venir de leur débiteur avec autant d'assurance que ses biens présents. Donner au débiteur, c'est en quelque sorte donner à ses créanciers, car ceux-ci sont ses ayants cause. La disposition de l'art. 581 est donc bien exceptionnelle. De trop nombreux arguments ne pourraient qu'affaiblir l'excellence et la justesse de celui-là, qui est capital. Il faudrait, pour la justification de la clause d'insaisissabilité des immeubles, une déclaration expresse de la loi : elle ne se trouve nulle part.

Il n'est pas douteux que la doctrine et la jurisprudence, qui admettent la validité d'une clause d'inaliénabilité temporaire, quand elle est fondée sur un intérêt sérieux, n'admettent que l'insaisissabilité ne soit la conséquence de l'inaliénabilité. On ne peut pas en effet permettre au donataire indirectement ce qui lui est interdit directement, surtout lorsque la condition se justifie par son propre intérêt. Le but du disposant n'est en effet atteint que si le bien

donné est complètement hors du commerce. On arrive alors à cette conséquence étonnante et contradictoire : « le donateur peut reprendre le bien stipulé inaliénable entre les mains de tout tiers détenteur, et par suite, même entre les mains d'un créancier postérieur saisissant et adjudicataire. Mais on a reconnu que l'on ne pouvait pousser l'extension de la loi jusqu'à maintenir l'insaisissabilité au préjudice de créanciers postérieurs à la donation. Nous voyons là la condamnation des théories que nous avons combattues ¹.

Nous savons qu'il est permis de déclarer certains meubles insaisissables, nous pouvons maintenant examiner si une clause d'inaliénabilité portant sur ces mêmes biens serait valable. Non, aliéner et saisir sont deux choses très distinctes qui touchent toutes deux à l'intérêt général ; or, la loi permet de déclarer insaisissable et ne dit pas que l'on puisse rendre inaliénable. Du reste, à toute l'argumentation qui pourrait être faite à ce sujet, nous aimons mieux répondre par le passage suivant du rapport dressé par la section du tribunalat ² : « On opposait que l'art. 581 était l'introduction d'un droit nouveau, qu'il tendait à mettre les biens hors du commerce, que c'était créer une nouvelle espèce de substitution si sévèrement proscrire par l'art. 896 code civil. La grande majorité de la section a pensé au contraire que les dispositions de l'art. 581 n'avaient rien de contraire au code civil, que ce n'était pas mettre les biens hors de commerce, même momentanément, *puisque la chose, quoique insaisissable, n'était pas inaliénable....* » Nous

¹ LOCRÉ, t. 22, p. 394, n° 30.

² La matière de l'insaisissabilité donne lieu à une remarquable difficulté : les créanciers du défunt sont-ils liés par une clause d'insaisissabilité lorsqu'ils viennent saisir entre les mains de l'héritier pur et simple les biens qui lui viennent du défunt ?

sommes donc bien dans l'esprit du législateur, lorsque nous donnons à cet article sa plus stricte interprétation.

c) *Interdiction des pactes sur successions futures.*

Les articles 791, 1130, 1600 du Code civil, par des motifs de haute moralité et d'intérêt général, interdisent les pactes sur successions futures ¹ ; ainsi, toute donation faite sous la condition de renoncer à une succession qui n'est pas encore ouverte doit être regardée comme pure et simple, et cela sans que l'on ait à distinguer si la renonciation doit être faite du jour même de la donation ou seulement au moment où la succession dont il s'agit sera ouverte ². Dans ce dernier cas en effet, bien que la renonciation ne soit pas immédiate, l'acceptation de la donation ³ n'est qu'une obligation de renoncer à une succession non ouverte, ce qui forme bien un pacte sur succession interdit. Les tribunaux auraient même souvent en ce cas à apprécier en fait si une telle donation n'a pas pour unique cause la renonciation, si ce n'est pas un arrangement de famille, acte qui aurait un caractère onéreux tel que la disposition entière doive être annulée en vertu de l'art. 1131 ⁴.

Mais la condition imposée de renoncer à une institution

¹ La renonciation expresse ou tacite de l'ascendant donateur à son droit de retour légal est nulle comme pacte sur succession future. C'est là une conséquence du principe incontestable aujourd'hui, que le droit de retour légal s'exerce à titre de succession, S. 79, II, 322.

² BAYLE MOUILLARD sur GRENIER, I, p. 694, n. a.

³ De même l'acceptation du legs si la condition est jointe à un legs.

⁴ A été jugée pacte de succession future la clause par laquelle des ascendants partageant leurs biens et s'en réservant l'usufruit, en stipulent la réversibilité sur le survivant ; Cass., 26 mars 1855, S. 55, I, 355. Cette dernière clause doit seulement être déclarée non écrite, le reste du partage reste valable, et la nullité ne peut en conséquence être invoquée que jusqu'à la mort des deux ascendants, à ce moment tout intérêt ayant disparu, puisqu'il n'y a plus d'usufruit. Cass. req., 25 fév. 1878, S. 81, I, 73.

contractuelle est-elle illicite ? Cette condition peut être dictée par la bienveillance pour un tiers donataire de l'instituant, qui verrait sa donation révoquée si l'institution avait son effet ¹. De nombreux arrêts ont décidé que le droit de l'institué ne tombait pas sous le coup de l'art. 791. Ils se fondent sur ce que le droit de l'institué lui est irrévocablement acquis ², et que rien ne s'oppose à ce qu'il renonce à un droit qui lui vient d'un contrat et qui, comme tel, ne saurait lui être enlevé ni par une révocation ni même par une législation nouvelle survenue après coup. Le *quantum* de ce droit est, il est vrai, aléatoire ; mais quel qu'il soit, il existe dans son patrimoine et nul ne saurait lui interdire d'en disposer. On comprend que des héritiers réservataires eux-mêmes ne puissent renoncer valablement à leurs droits successifs ; une telle renonciation ne rencontrerait en effet rien de solide, rien de sérieux pour lui servir de fondement, elle ne pourrait porter que sur une vague expectative susceptible de disparaître elle-même par un changement qui surviendrait dans la législation sur les successions légitimes. La loi ne saurait donc prêter sa sanction à de telles conventions. Rien de semblable pour l'institué qui a un droit émanant d'une disposition dont la loi garantit l'existence ³. Ce n'est donc pas pour entraver son droit que l'art. 791 a été édicté.

¹ Si la renonciation avait lieu au profit des héritiers ab intestat de l'instituant, ceux-ci ne pouvant l'accepter qu'en raison de l'expectative légale de la succession à recueillir ultérieurement, il y aurait pacte sur succession future.

Si elle devait avoir lieu au profit de l'instituant lui-même, la renonciation serait illicite pour le même motif, vu que l'instituant ne peut y avoir aucun intérêt actuel, mais seulement un intérêt d'outre-tombe.

² Le tribun Jaubert déclarait dans son rapport : « Il faut distinguer le titre et l'émolument, le titre est irrévocable.... » Loc., Lég., t. XI, p. 484, n. 83.

³ A tel point que l'institué peut, du vivant de l'instituant, prendre des mesures conservatoires pour sauvegarder son droit en vertu de l'art. 1080. Il s'adressera aux tribunaux. Req. rej., 22 janvier 1873, S. 73, I, 57.

Nous déciderons néanmoins que la renonciation à une institution contractuelle constitue un pacte interdit sur succession future. Si en effet l'institution contractuelle donne naissance à un droit conventionnel irrévocable, et se rapproche ainsi des donations, elle tient aux testaments par le caractère conditionnel de son ouverture qui n'a lieu que si l'instituant prédécède, et surtout par l'éventualité et l'indétermination de son objet jusqu'au moment de son ouverture. Or, c'est précisément ce caractère commun aux droits successifs et à l'institution contractuelle qui a fait écarter les pactes sur les successions futures. On doit donc étendre par analogie de motifs la règle à l'institution contractuelle ¹.

Mais il sera souvent difficile de décider si la condition constitue un pacte sur succession future, car les hypothèses où la question se présente sont souvent compliquées ². Il en est d'autres qui ont été considérées par les cours d'appel comme souverainement équitables, et maintenues pour ce motif. Telle est la disposition d'un conjoint qui donne ou lègue à son conjoint tous ses biens, à condition que la succession du donataire ou légataire sera partagée par moitié entre ses parents et ceux du disposant. Si une telle disposition pouvait être maintenue, elle enlèverait au donataire la faculté de disposer de ses biens ; la disposition contiendrait

¹ Loc., Lég., X, p. 298, 299, n° 37.

A un autre point de vue, la renonciation à une institution contractuelle peut encore être regardée comme une modification interdite aux conventions matrimoniales, art. 1395, l'institution ne pouvant avoir lieu que par contrat de mariage.

² La clause d'un testament portant qu'un legs sera caduc ou réductible si le légataire exerce contre le testateur ou ses héritiers tout ou partie des droits qui peuvent lui revenir dans une succession non encore ouverte, donne au légataire une simple option entre le legs et les droits héréditaires dont ce droit doit tenir lieu, et ne constitue pas un pacte sur succession future. Civ. cass., 25 nov. 1857, D. P., 57, I, 425.

en effet le testament du donataire lui-même, et ainsi un legs de la chose d'autrui, dans tous les cas une stipulation sur une succession non encore ouverte. Une telle condition doit donc être rejetée ¹.

Tels sont les principes d'intérêt général auxquels se rapportent le plus souvent les clauses apposées dans les testaments ². Notre intention n'est pas de passer en revue toutes autres conditions qui pourraient heurter un de ces principes, ou même d'en faire une classification, cela nous serait du reste impossible. Bien que l'on ne puisse pas dire que toutes les dispositions prohibitives du Code emportent nullité en cas d'infraction, car il en est qui certainement n'indiquent pas à elles seules la nullité, art. 675, 677, 679, cela est exact pour la plus grande partie. Aussi, en dehors des dispositions relatives à l'état ou à la capacité, pourrait-on retrouver dans les dispositions prohibitives du Code la plupart des règles que les conditions ne sauraient enfreindre sans être illicites. Si la loi, en effet, prononce la nullité, ce ne peut être que dans un but d'intérêt général, autrement la nullité serait vexatoire et odieuse. On aura aussi égard, quant aux dispositions impératives du Code pour l'accomplissement desquelles la loi n'a pas formellement

¹ Au principe de la nullité des pactes sur successions futures il convient d'ajouter cet autre principe, savoir, que l'on ne peut tester pour autrui. Ainsi, est non écrite la condition apposée à un legs que la succession du légataire appartiendra par moitié aux héritiers du légataire et à ceux du testateur, sans distinction d'origine. Civ. cass., 24 août 1841, 2 mai 1842. J. G., *loc. cit.*, n° 178, 5° et 6°. Rennes, 29 mai 1861, D. P., 62, 2, 5. V. une hyp. analogue, Civ. cass., 11 déc. 1867, D. P., 67, 1, 462, et Paris, 19 nov. 1852, D. P., 53, 2, 96.

Si le légataire accepte, par acte inscrit sur le testament même, la condition qui lui est imposée de laisser à son tour toute sa fortune aux héritiers naturels du testateur, la nullité, dans ce cas n'est pas limitée à la condition, elle s'étend à la disposition elle-même. Paris, 12 nov. 1858, D. P., 39, 2, 131, 132.

² Il est d'autres dispositions qui sont d'un intérêt général évident : l'interdiction de l'indivision au delà d'une certaine durée, les lois sur la réserve héréditaire.

déclaré l'annullité, à la distinction des formalités accidentelles et des formalités essentielles ou substantielles, celles-ci seulement devant entraîner avec elles la clause irritante qui ne saurait être suppléée dans une disposition où rien ne l'indique dans la forme de la rédaction.

Ajoutons seulement que l'on ne peut déroger aux dispositions légales ayant pour objet de garantir les intérêts des tiers, ces dispositions sont en effet par là même d'intérêt général. Une condition qui tendrait à imposer une dérogation à ces règles serait donc illicite.

Nous avons ainsi étudié les conditions contraires aux lois. L'art. 900 s'occupe en dernier lieu des conditions contraires aux mœurs, en dehors de toute disposition explicite du législateur, et nous savons que cet article a par là une portée d'application plus grande que l'art. 6, qui ne parle que des conventions qui dérogent aux lois intéressant les bonnes mœurs.

§ 3.

Des conditions contraires aux mœurs.

Il n'est pas moins difficile de définir ce que l'on entend par mœurs, que ce qui est compris dans le domaine de l'ordre public et de l'intérêt général.

L'art. 900, par *mœurs*, entend parler des *bonnes mœurs*, et cette expression désigne des *inclinations et habitudes naturelles ou acquises pour le bien*. Il n'y aurait aucune difficulté si tous étaient d'accord sur la distinction de ce qui est bien ou mal. Il est des cas où une condition est évidemment immorale : celle par laquelle un mari céderait ses droits à un étranger ; mais il est des cas bien plus nombreux où le doute existera sur la moralité d'une condition ; qui sera appelé à le résoudre ? La loi ne saurait entrer dans tous ces détails. Aura-t-on recours à la philosophie ? mais

les philosophes déclarent bien que le bonheur consiste dans la vertu ; ils cessent de s'entendre quand il s'agit d'expliquer ce mot. Il est en outre un point certain, c'est que la morale varie d'un peuple à un autre et suit avec le temps une marche progressive. Quels seront les interprètes de la morale au moment où la contestation sera soulevée ? Ce sera le juge, qui, en l'absence du texte de la loi, décidera en considération des circonstances du fait et selon les données de sa conscience et de son expérience ¹.

On doit également comprendre dans le mot mœurs le milieu dans lequel on suppose placé l'individu comme étant le plus favorable à son développement intellectuel et moral, conditions d'existence auxquelles on ne saurait toucher sans que sa responsabilité soit en quelque sorte diminuée pour l'appréciation de la moralité d'un acte donné ; je veux parler surtout de la liberté individuelle et de conscience.

Les difficultés relatives aux conditions contraires aux mœurs seront étudiées sous les quatre rubriques relatives aux mariages, à la liberté individuelle, à la liberté de conscience, aux mœurs proprement dites.

a) *Condition concernant les mariages.* — Nous rangeons ces conditions sous un titre spécial, parce que ce sont les plus importantes et les plus fréquentes, et aussi parce qu'elles ont un caractère spécial que nous pourrions appeler mixte ². Ces conditions touchent en effet aux mœurs par la

¹ Les conditions invitant à la décence et aux bonnes mœurs doivent produire au contraire tout leur effet, sans que l'on puisse objecter le scandale qui résulterait de la preuve de leur inexécution. Pau, 1^{er} février 1823. D. J. G., v^o Disp. entre-vifs, n^o 128. Telle est l'institution faite au profit d'une jeune fille par un jeune homme partant pour l'armée, sous la condition qu'elle conservera une bonne conduite.

² Le Code sarde, spécial aux testaments, stipule dans l'art. 822, comme nos lois intermédiaires : « Toute condition qui empêcherait quelqu'un de se marier ou de se remarier est contraire à la loi. »

grande influence que peuvent avoir sur la moralité d'un individu un mariage contraire à ses inclinations ou un célibat forcé. Mais ces conditions touchent aussi à la capacité et c'est là, à notre avis, leur caractère prépondérant qui exigerait peut-être de les étudier sous le titre de conditions contraires à l'ordre public. Cependant, nous avons suivi la majorité des auteurs qui les étudient comme contraires aux mœurs et qui y ont été conduits probablement par le défaut de textes formels sur la matière.

Les conditions relatives au mariage dérogent aux lois sur la capacité. En effet, le chapitre I^{er} du titre V, livre I^{er} du code civil indique les personnes qui peuvent contracter mariage et celles auxquelles le mariage est interdit, ou plutôt il n'indique explicitement que ces dernières ; il le fait dans les articles 144, 147, 148, 149, 150, 160, 161, 162, 163, 164, auxquels il faut ajouter l'article 228. Mais lorsque le législateur crée un droit, il ne peut prévoir tous les cas, et, pour désigner les personnes qui pourront en être investies, il prévoit seulement, *brevitatis causa*, celles qui ne pourront l'avoir, voulant dire par là qu'il l'accorde en masse à toutes les autres. C'est ce qu'il a fait pour le mariage, employant un mode de procéder qui lui est familier et que l'on retrouve d'une façon expresse dans l'article 902 relatif à la capacité de disposer et recevoir par donations ou testaments ¹. Si le droit que le législateur accorde de cette façon est de ceux qui ne peuvent être l'objet de conventions particulières, parce qu'ils touchent à l'ordre public, celui qui en est investi ne peut l'aliéner valablement. Or, la capacité pour contracter mariage est bien de celles qui intéressent au premier chef l'ordre social.

On déroge aux lois non seulement quand on viole leurs

¹ Art. 902. « Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables. »

dispositions expresses, mais encore lorsque l'on enfreint leurs dispositions tacites, et il n'est pas douteux que l'on devrait casser pour excès de pouvoir une décision créant une incapacité que la loi n'a pas prévue.

Or, toutes les conditions relatives au mariage lui-même, quelles qu'elles soient, ont pour résultat inévitable d'enlever un droit. Si elles sont négatives, elles enlèvent le droit de se marier ou de se marier avec qui l'on juge convenable ; si elles sont affirmatives, elles enlèveront le droit de rester célibataire ou de ne pas se marier avec une ou plusieurs personnes. La question de savoir si l'on peut imposer à une personne des conditions relatives au mariage revient donc à celle-ci : Peut-on enlever à cet individu le droit de se marier à son gré ou de ne pas se marier ? Or, les droits concernant le mariage étant établis par des lois auxquelles on ne peut déroger, nous en concluons qu'on ne peut imposer à un individu aucune condition relative au mariage.

Et qu'on ne dise pas ¹ que la capacité n'est en rien modifiée par de semblables conditions, car le gratifié reste toujours entièrement libre de suivre ses penchants naturels, et pour cela de renoncer soit expressément à la libéralité, soit tacitement, en n'exécutant pas la condition, et qu'il ne s'agit donc en réalité que d'un intérêt pécuniaire.

Un tel argument, s'il était valable, pourrait être opposé pour toutes les conditions illicites, car dans tous les cas, le gratifié pourrait en renonçant à la libéralité rester dans le droit, malgré le disposant. Mais la question est bien de savoir si la condition est valable, à supposer qu'elle dût être exécutée, c'est-à-dire si la loi doit apporter sa sanction aux dispositions du donateur ou du testateur, en prononçant la déchéance de celui qui n'aurait pas exécuté la condition ;

¹ FAVARD DE LANGLAVE, *Répertoire*, v^o *Don. entre-vifs*, section I, § 2.

or, cette clause ainsi envisagée doit avec raison être considérée comme établissant une incapacité que la loi n'a pas reconnue, elle ne peut donc être sanctionnée par la justice.

Du reste, est-il vrai que l'homme resterait entièrement libre de contracter mariage ou de se refuser à une union, s'il sait que l'un des deux partis entraînera pour lui un profit considérable? Oui, en théorie, il reste libre, mais l'expérience nous apprend qu'en fait il ne le sera pas ; les hommes ne sont pas parfaits, et nous savons que l'intérêt pécuniaire viendra le plus souvent écarter les considérations morales d'un ordre supérieur, qui devraient les guider pour consentir au mariage, institution dont les effets, quant aux biens, sont les moins importants. C'est à ce point de vue que les conditions relatives au mariage touchent à la morale publique, à l'intérêt social. La loi conservatrice des mœurs, comme elle l'est de l'ordre public, regarde de telles conditions comme non écrites, art. 900 ¹.

En conséquence nous regarderons comme non écrites les conditions de se marier ² ou de ne pas se marier ³ établies

¹ Dans le même ordre d'idées, n'est-ce pas parce que le consentement au mariage doit être entièrement libre et éclairé, que la Cour de cassation a flétri, dans tous les cas, le proxénète, c'est-à-dire celui qui, s'engageant à employer ses soins et ses démarches pour un mariage, stipule, en retour, sous la condition de réussir, une certaine somme. La Cour suprême a décidé qu'une telle convention devait être annulée pour cause illicite dans tous les cas, c'est-à-dire sans que l'on ait à distinguer si l'intermédiaire a usé ou non de moyens loyaux et honnêtes. Il suffit, en effet, que le danger se montre et que le mal soit possible. Comment concilier cette jurisprudence avec celle qui maintient certaines conditions relatives aux mariages?

Req., ch. civ., 1^{er} mai 1835, D. P., 53, I, 147. — Poitiers, 9 mars 1833, D. P., 53, II, 211.

² Il a été cependant jugé que la condition de se marier, licite, devenait caduque, même si le gratifié était mort avant l'âge nubile. Req., 20 déc. 1831, D. J. G., v^o Disp. entre-vifs, n^o 135.

³ La jurisprudence ne prohibe pas d'une façon absolue la condition qui impose au légataire l'obligation de ne pas se marier. C'est l'objet dans chaque cause d'une décision de fait. Paris, 1^{er} avril 1862, S. 62, II, 145 et la note.

d'une façon absolue, comme aussi celles d'épouser ou de ne pas épouser une personne déterminée, soit encore de ne pas contracter mariage sans le consentement d'un tiers ¹, outre que dans tous ces cas il y a des modifications apportées à la capacité légale; si la condition est absolue, elle peut conduire à l'immoralité en maintenant dans un célibat forcé un homme qui eût pu trouver dans le mariage « le meilleur contrepoison des mauvaises mœurs; » ou en obligeant au mariage un homme qui par ses inclinations n'y était pas porté et déshonorerait peut-être par ses désordres le foyer domestique. Si la condition n'est relative qu'à certaines personnes, en supposant qu'elle soit affirmative, il en résultera peut-être non seulement un mariage contre nature, mais qui révoltera encore davantage la volonté par l'imposition d'une personne déterminée. On a objecté, il est vrai, que la loi elle-même consacrait une semblable condition dans tous les contrats de mariage qui renferment des libéralités destinées à n'avoir d'effet que si le mariage suit avec une personne déterminée. Tout autre est cette hypothèse, où la libéralité est bien, en effet, subordonnée au mariage avec une personne déterminée, mais où cette personne est celle qui a été antérieurement et librement choisie avant la formation du contrat. Si la condition est négative, le gratifié conservera, il est vrai, une grande liberté, puisqu'il restera maître de ne pas se marier ou de se marier avec toute autre personne; néanmoins il se peut que l'interdiction du mariage avec cette personne déterminée corresponde pour lui à une interdiction absolue du mariage, si par exemple des relations ont existé antérieurement et si le mariage doit

¹ Paris, 7 juin 1849, D. P., 49, II, 151. Observ. conf. J. G., v° Dispos. entre-vifs, n° 144. Mais la condition imposée par le père ou la mère de ne pas se marier sans leur consentement doit être exécutée. Bordeaux, 15 fév. 1849, D. P., 50, II, 6.

avoir pour principal but la réparation d'une faute et la légitimation d'un enfant. Or, ce sera le plus souvent en présence de circonstances de ce genre que l'attention du testateur ou donateur aura été attirée sur cette personne déterminée avec laquelle elle aura interdit le mariage. Il arrivera que le gratifié ne voudra pas dévoiler devant les juges les motifs secrets qui dictent sa conduite, il sera victime de sa délicatesse pour la personne avec laquelle il désirait s'unir et il restera contraint à un célibat forcé. Si la condition impose pour le mariage le consentement d'un tiers, la capacité du gratifié est encore modifiée, car une convention particulière ne saurait ajouter aux conditions requises pour contracter mariage. Cette clause entrave la liberté d'une façon considérable alors que l'homme doit jouir, en cette matière, d'une liberté entière.

Ces solutions s'appliqueront, quel que soit l'âge des parties, car le mariage n'a pas seulement pour but la procréation des enfants, à tout âge on peut former une union qui donnera naissance aux devoirs réciproques de soutien et d'assistance qui sont une des fins du mariage. A tout âge, le mariage peut avoir le caractère de réparation et servir à légitimer des enfants en régularisant une situation de fait antérieure.

Dans notre ancien droit, on a bien pu donner des solutions contraires ; mais l'ordre social, l'ordre public n'était pas le même ; il y avait des classes bien tranchées dans la société, classes qui étaient la base d'un ordre de choses qu'on appelle aujourd'hui l'ancien régime, et l'on comprend que dans la France ainsi organisée, des dispositions qui ne sont maintenant que de simples convenances aient alors obtenu la sanction de la justice, comme contribuant puissamment au maintien de l'ordre politique.

Je ne nie pas que souvent il paraîtra contraire à l'équité

de laisser une personne jouir tranquillement d'une libéralité au mépris d'une condition qui avait été dictée par la sagesse d'un parent éclairé. La faute n'en est pas à nous qui interprétons la loi, mais à la loi elle-même qui, dans l'art. 900, a édicté une disposition en contradiction formelle avec la logique, et qui en grande partie n'a pas même l'excuse de la tradition. Cette rigueur de la loi ne peut même pas ici être tempérée par le pouvoir appréciateur des tribunaux, comme nous avons reconnu qu'ils pouvaient le faire en principe, pour une condition qui concerne les mœurs, car ici il y a en jeu non seulement une question de morale, mais aussi et principalement une question de capacité qui doit être laissée sous l'empire souverain des lois.

Le pouvoir appréciateur des tribunaux restera au contraire dans son domaine, lorsqu'il s'agira de décider si une clause d'une libéralité doit être interprétée comme une entrave au mariage, ou au contraire comme une simple disposition à terme. Le disposant peut, en effet, cacher sa volonté sous cette dernière forme, s'il lègue par exemple une rente à servir jusqu'au jour où le légataire se mariera. Rien dans cette disposition ne révèle à première vue quelque chose d'illicite ; le mariage peut en effet, comme tout autre événement, servir de terme à une disposition. Mais au fond, la libéralité n'a-t-elle pas pour résultat d'écarter du mariage ? Le terme n'est-il pas une véritable condition ? Pour résoudre la question, les juges devront moins s'occuper de l'intention du disposant, qui a pu être habilement dissimulée, que de l'effet possible et probable chez le gratifié. C'est en effet ce résultat qui révélera le véritable caractère de la clause. On doit ainsi procéder avec d'autant plus de raison que le disposant a pu agir avec les intentions les plus sages et les plus droites, et que cependant l'effet produit soit désastreux. La loi qui décide que les conditions

contraires aux mœurs sont non écrites se préoccupe peu de juger la simple volonté, et d'entrer dans le domaine de la conscience du disposant qui l'a formulée ¹. Dans le legs surtout, elle aurait d'autant moins d'intérêt à le faire qu'au moment où la volonté se dévoile : celui qui l'a énoncée n'existe plus. Cette volonté réduite à elle seule n'a aucune influence sur la moralité dont la loi a la garde. La loi est plus pratique, et n'examine une disposition qu'au moment où elle est susceptible de produire quelque effet, c'est-à-dire dans ses rapports avec le gratifié, qui seul peut la mettre en œuvre.

Nous déclarons donc illicite toute condition relative au mariage ; ne devrait-il pas en être de même pour une clause qui concernerait un second mariage ? Un homme qui a vu sa première union se rompre, ne se retrouve-t-il pas dans les conditions ordinaires de capacité pour le mariage ? N'en est-il pas de même de la femme, dix mois après cette rupture ? Y a-t-il ici quelques raisons différentes de décider ? Nous le croyons. En effet, dans le cas actuel, la loi a déjà reçu son application par le premier mariage. Si donc il se présente une entrave au second mariage, nous devons la juger avec moins de sévérité ². Lorsqu'il s'agit d'un premier mariage, la loi n'a qu'à sauvegarder la liberté entière des parties ; celles-ci forment l'objet unique de sa sollicitude ; au contraire, s'il s'agit d'un second mariage, il y aura

¹ Un arrêt de la Cour de Paris du 1^{er} avril 1862, D. P., 62, II, 77, décide que l'obligation de ne pas se marier doit être effacée ou maintenue selon que le disposant a agi par malveillance ou arbitraire, ou, au contraire, dans des vues honnêtes, notamment pour sauver une personne âgée des malheurs qui peuvent être la conséquence d'une union disproportionnée.

² En ce sens, Agen, 21 mai 1813 ; Toulouse, 25 avril 1826, et autorités citées. Dall., J. cr., *loc. cit.*, n° 156. Un arrêt postérieur décide de même, alors que la condition n'a été inspirée par aucun motif répréhensible. Req., 18 mars 1867, D. P., 67, I, 332.

souvent d'autres personnes qui doivent être protégées, ce sont les enfants du premier lit ¹. Or, l'expérience démontre qu'un second mariage leur sera funeste. On a de tout temps honoré le veuvage comme une marque de fidélité à l'époux défunt. Justinien, sous l'empire du christianisme et des doctrines répandues par les Pères de l'Eglise, avait déclaré licite la condition de ne pas se remarier. Dans notre ancien droit, la même condition était licite dans les donations comme dans les testaments. Aujourd'hui, bien que l'Eglise elle-même ait consacré les seconds mariages, nous n'en continuons pas moins à les voir avec un défaveur dont les art. 386, 395, C. civ. sont une conséquence évidente. Aussi, sans aller jusqu'à déclarer, contrairement aux lois intermédiaires, que la condition de ne pas se remarier est toujours illicite, nous laisserons les tribunaux juges dans chaque hypothèse de la moralité de la condition, eu égard aux circonstances de la cause ². Nous pouvons le faire, car la question de moralité semble en ces hypothèses dominer celle de capacité. Il faut reconnaître cepen-

¹ La défense de convol imposée par un époux à son conjoint, alors qu'il existe des enfants du mariage, est licite. Limoges, 31 juillet 1839, D. J. cr., *loc. cit.*, n° 158. Angers, 18 fév. 1847, D. P., 47, II, 107, et sur pourvoi, Req., 8 janv. 1849, D. P., 49, I, 16. Est licite la condition de viduité imposée par un fils à sa mère. Montpellier, 14 juillet 1858, D. P., 59, II, 107. Et la condition de viduité ne devient pas caduque par cela seul que la mère a eu depuis un enfant naturel. Douai, 11 janv. 1848, D. P., 48, II, 148.

² La condition de ne pas se remarier apposée à un legs fait par un mari à sa femme doit être considérée comme contraire aux bonnes mœurs, lorsqu'il s'agit d'une femme jeune, sans enfants de son premier mariage, et impliquée, comme commerçante, dans des affaires nombreuses et difficiles. Liège, 11 janv. 1883, S. 83, IV, 25. Cet arrêt qui décide que l'art. 900 a abrogé les autres lois spéciales antérieures, notamment l'art. 12 de la loi du 17 niv. an II, qui répute non écrite toute clause restrictive de la liberté des secondes noces, est critiqué par M. Laurent, le professeur de l'Université de Gand, celui-ci n'admettant pas en la matière le pouvoir des tribunaux pour délimiter les bonnes mœurs ; la loi du 30 ventôse an XII n'ayant pas, selon cet auteur, voulu abroger des lois qui répondent à nos sentiments et à nos idées.

dant que la question de moralité des seconds mariages, eu égard surtout à leurs effets vis-à-vis des enfants d'un premier lit, a des tendances à acquérir chaque jour une moindre importance. De telle sorte qu'il se pourrait que dans quelque temps on dût revenir franchement à la législation du droit intermédiaire. Nous en voyons la preuve dans la loi nouvelle édictant le rétablissement du divorce, institution qui donne droit aux revendications des époux en sacrifiant les intérêts des enfants. Nous voyons, il est vrai, dans cette loi, bien moins une marche dans la morale publique, puisque cette modification n'était pas réclamée par la population, qu'une manifestation politique ; la question du divorce ayant toujours suivi pas à pas celle de nos bouleversements politiques.

b) *Conditions concernant la liberté individuelle.* — Depuis la révolution, la liberté individuelle est considérée comme un droit naturel, inaliénable et imprescriptible. Aussi, point de doute que la condition qui enchaînerait pour la vie la liberté d'un donataire, en le forçant à ne jamais quitter un lieu déterminé, ne doive être considérée comme contraire à nos mœurs, à nos institutions ; mais la question ne se présentera pas le plus souvent avec une telle simplicité, et ce sera bien le cas de laisser aux tribunaux tous leurs pouvoirs d'appréciation.

La liberté individuelle a différentes faces : il y a la liberté de l'individu lui-même, c'est-à-dire le droit qu'il a d'aller et venir, d'habiter où bon lui semble ; il y a aussi la liberté du travail, c'est-à-dire le droit que chacun a d'exercer tel emploi, telle profession qui lui plaisent. Turgot déjà avait affranchi les ouvriers des entraves que les maîtrises et les jurandes apportaient à la liberté du travail, nos lois révolutionnaires ont sanctionné ces droits de l'ouvrier, et maintenant on peut dire qu'il est profondément

entré dans nos mœurs. L'art. 1780 décide que l'on ne peut engager ses services qu'à temps et pour une entreprise déterminée. C'est là une disposition d'ordre public, contre laquelle les tribunaux ne peuvent s'insurger sans encourir la cassation. Mais personne ne doute que l'homme ne puisse faire librement quelques conventions qui enchaînent pour un temps sa liberté ou l'obligent au travail. Aussi, en dehors du cas de condition qui aliène la liberté ou le travail, sans limite quant au lieu et quant au temps, il n'y a plus qu'une seule question de fait sur laquelle les tribunaux jugeront souverainement, mais sans oublier que les motifs de décider devront être puisés surtout du côté du donataire ou du légataire. La liberté du travail présente encore une autre face, c'est la libre concurrence dans l'exercice du commerce. Ici encore, nous ne trouvons aucun texte qui délimite ce qui est licite de ce qui ne l'est pas, aussi laissons-nous entièrement au juge l'appréciation des questions qui se soulèvent en cette matière.

c) *Conditions concernant la liberté de conscience.* — Cette liberté forme encore un de ces droits naturels de l'homme, auquel nul ne peut toucher avec l'espoir de voir son entreprise sanctionnée par la loi. Bien qu'en cette matière, le juge, à défaut de textes, soit appelé à prononcer selon sa conscience, il devra n'admettre que très difficilement une entrave à cette liberté, et toutes les conditions qui pourraient la gêner devront être écartées avec rigueur. Si en effet la loi de 1791, qui est l'origine de l'art. 900, présentait sur quelques points une trop grande sévérité, résultat d'une trop brusque réaction, elle est encore bien conforme aux idées actuelles en ce qui touche la liberté de conscience. Ne pourrait-on pas dire que le besoin et le prix de cette liberté paraissent maintenant encore plus grands s'il est possible ?

A ce sujet, nous ne ferons que mentionner une condition remarquable qui a soulevé dans notre ancien droit de nombreuses contradictions. Nous voulons parler de la clause qui ordonne ou défend de se faire prêtre. Ricard ¹ soutenait que la condition de se faire prêtre était illicite et immorale, comme susceptible de pousser à la prêtrise, par le seul désir de conserver un avantage pécuniaire, alors qu'on ne doit s'y vouer que sous l'empire d'une sérieuse vocation. Furgole ² au contraire, soutenait la validité de la clause, se demandant comment on osait déclarer immorale une condition qui avait pour but de pousser à un aussi saint état. Aujourd'hui, la question ne peut plus faire de doute, cette clause doit être regardée comme contraire aux mœurs, aussi bien que celle de conserver une religion déterminée, ou de changer de religion ³. L'Etat ne voit aujourd'hui dans le prêtre qu'un citoyen ordinaire, et le moment n'est pas loin où on lui enlèvera le seul privilège qu'il a conservé, et d'où l'on puisse induire en sa personne la reconnaissance d'un caractère spécial : la dispense du service militaire. Quant à la condition de ne pas se faire prêtre, bien que de nombreux auteurs la déclarent licite, nous ne saurions nous ranger à leur avis, on doit la tenir pour non écrite comme celle de se faire prêtre. On ne saurait nier en effet que l'état de prêtre puisse être assimilé à toute autre profession, elle touche en effet d'une façon plus directe au domaine de la conscience, étant inséparable d'une idée de religion. Or, nous l'avons dit, on doit se montrer très difficile pour sanc-

¹ *Disp. condit.*, II, n^{os} 264-269.

² *Testam.*, VII, section 2, n^{os} 89, 93 (t. II, 100-103).

³ La condition d'embrasser l'état ecclésiastique doit être réputée non écrite, bien qu'à l'époque du testament, le légataire se destinât à cet état dont le legs avait pour but de lui favoriser l'accès. Grenoble, 11 août 1847, D. P., 48, II, 113. En sens contraire, Grenoble, 22 décemb. 1823, J. G., *loc. cit.*, n^o 162.

tionner une condition touchant à la liberté de conscience. Pour les mêmes motifs nous déclarerons illicite la condition d'entrer ou de ne pas entrer en religion. Ricard et Furgole n'étaient plus ici en désaccord, car le motif qui déterminait Ricard relativement à la prêtrise ne trouvait plus ici son application, les moines voyant par leur profession leur succession s'ouvrir, et n'ayant ainsi aucune espérance de recueillir la libéralité.

d) *Conditions concernant les mœurs proprement dites.*

— Sur ce point, nous n'avons qu'à nous référer aux observations générales présentées en tête de ce paragraphe. Le concubinage occupe une large place dans les conditions de ce genre. Nous remarquerons que, bien que le concubinage soit par lui-même un acte essentiellement immoral ; toute clause qui en est une conséquence n'a pas nécessairement le même caractère. Je vous lègue tous mes biens, à condition de servir une pension à une femme qui a entretenu avec moi des relations. La charge peut avoir pour but unique de payer les complaisances, elle sera immorale, mais elle peut être une réparation du préjudice causé, la condition emprunte alors le caractère de l'art. 1382, dont les motifs n'ont au contraire rien que de licite et de moral ¹. On pourrait objecter que du moment qu'il y a concubinage, il y a faute réciproque, ce qui exclut l'imputabilité et la base de tout dommage. Cependant, il peut être des circonstances où la séduction a été telle, que le testateur puisse être à bon droit regardé comme le véritable coupable. Les tribunaux en seront juges. La clause pourra dans ce cas être maintenue ; elle devrait l'être avec bien plus de raison si des relations était né un enfant, et que la pension

¹ Dans tous les cas, est illicite la condition de payer une rente viagère à une concubine adultère. Grenoble, 17 janv. 1812, DALL. J. G., v^o Dispos. entre-vifs, n^o 129 et observ.

objet de la charge soit considérée comme destinée à subvenir aux frais de son entretien et de son éducation. On doit alors valider la clause avec d'autant plus de raison que la qualité de concubin n'est pas une incapacité pour recevoir à titre de donation, et que le testateur eût pu faire directement ce qu'il oblige son héritier à accomplir. Et, en ce qui regarde l'enfant, la charge, bien loin d'avoir un caractère immoral, se recommande à la sollicitude des tribunaux comme un devoir impérieux de la conscience.



APPENDICE.

DES CLAUSES PÉNALES.

L'art. 900 s'occupe des dispositions conditionnelles, il y a des dispositions qui présentent de grandes analogies, ce sont les dispositions pénales. La distinction est souvent très subtile, nous savons que la loi 2 au Dig. *de his quæ pænæ caus. relinq.*, décidait que la solution dépendait de la volonté du testateur que les juges devaient interpréter. La disposition avait-elle été inspirée par haine de l'héritier ou bienveillance pour le bénéficiaire ?

La question présentait moins d'intérêt depuis la décision de Justinien qui déclarait valables les legs *nomine pænæ*. Ce droit admis anciennement en France doit encore être consacré aujourd'hui. Le testateur est en effet le maître d'imposer à son héritier telles conditions qu'il juge convenable, pourvu qu'elles soient possibles et licites ; il doit aussi lui être permis d'attacher à l'accomplissement de ses volontés une sanction ; cette sanction est toute naturelle, elle consiste dans la privation de totalité ou partie de la libéralité au profit d'un tiers. Mais ne pourrait-on pas dire que ce tiers est gratifié sous condition, et que si cette condition est impossible ou illicite, on devra, en vertu de l'article

900, la considérer comme non écrite, de telle sorte que, dans ce cas, la libéralité principale produira son effet ainsi que la libéralité secondaire qui n'était prévue qu'à titre de peine? Un tel raisonnement n'est pas possible. La loi dans l'article 900 n'a prévu que l'effet de la condition relativement à la disposition principale : comment, en effet, la loi pourrait-elle sanctionner la volonté coupable du disposant et punir le légataire pour n'avoir pas fait une chose impossible ou pour s'être abstenu d'un fait illicite ou immoral? La disposition pénale qui a été attachée au non-accomplissement d'une condition impossible ou illicite est donc nulle, elle doit être considérée pour le tout comme non existante.

Il y a des dispositions pénales qui doivent être considérées comme nulles, mais qui ne tirent pas d'elles-mêmes le caractère qui les prive de leur effet. Je veux parler des clauses pénales attachées à des dispositions principales nulles. L'examen de ces clauses sort des limites de l'étude de l'article 900, qui suppose des dispositions principales valables et ne recherche que l'effet produit sur elles par l'adjonction de certaines conditions particulières.

Cependant nous devons faire quelques observations sur la défense d'attaquer le testament que la plupart des auteurs présentent comme une condition, mais qui n'est, dans tous les cas, qu'une clause pénale dont la sanction, il est vrai, peut n'être pas exprimée d'une façon formelle, mais qui est alors toujours sous-entendue, car elle consiste dans la dévolution de la succession *ab intestat*. La défense d'attaquer le testament ne présente en elle-même rien d'impossible, d'illicite et d'immoral, et cependant elle sera considérée comme non écrite si elle a pour but de maintenir une disposition qui viole une règle d'ordre public ou d'intérêt général, par exemple une disposition contenant substitution prohibée ou libéralité au profit d'un

incapable ¹, portant atteinte à la réserve ou encore nulle pour vices de formes. Elle sera valable, au contraire, si la disposition ne viole qu'une règle d'un ordre privé, par exemple celle de l'art. 1021 qui interdit le legs de la chose d'autrui ²; alors la clause pénale sera encourue sans que les tribunaux puissent déclarer que la disposition était simplement comminatoire et qu'elle ne doit pas recevoir son effet en présence de la bonne foi du légataire, art. 1231 Code civil ³. On doit se décider par des motifs analogues pour la défense d'attaquer un partage d'ascendants ⁴.

¹ La question se présentera souvent pour des dispositions faites au profit de corporations religieuses non reconnues.

² V. arrêt Caen, 9 juin 1874, contredit par une note, S. 76, II, 233. Cet arrêt n'avait fait l'objet d'aucun pourvoi. Un nouvel arrêt de la même cour, 13 décemb. 1880, persistant dans la doctrine que le testateur qui lègue la chose d'autrui déroge à une règle d'ordre public a été cassé, 6 juin 1883, S. 84, I, 127, mais la Cour de cassation n'a pas eu à juger cette question, elle cassa parce que le legs d'une chose indivise ne peut être considéré comme legs de la chose d'autrui, et qu'un tel legs peut donc bien être sanctionné par une clause pénale.

³ La condition de ne pas attaquer le testament est en effet indivisible dans son exécution.

⁴ Le testateur ne peut prohiber l'ouverture de son testament pendant un certain temps après son décès, cette disposition doit être réputée non écrite. Angers, 3 mars 1881, S. 83, II, 67. Question nouvelle, v^o Rev. crit. 1882, p. 730.



POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — La condition potestative dont l'accomplissement devient impossible par suite d'une circonstance fortuite doit être considérée comme défaillie, et la libéralité soumise à cette condition ne peut produire son effet.

II. — En règle générale, il n'y a pas consommation de l'action intentée par le créancier *ante conditionem existentem*, et il ne peut être repoussé plus tard par la maxime *bis de eadem re non sit actio*.

III. — Le rang de l'hypothèque qui garantit une dette conditionnelle dont la naissance dépend du pur vouloir du débiteur, n'est reportée au jour de la formation effective de l'obligation que si, de son côté, le créancier conditionnel n'a contracté aucune obligation.

IV. — En cas de vente conditionnelle, lorsque la condition s'est réalisée, l'acheteur n'a pas droit aux fruits et autres *accessiones* produits par la chose du jour de la convention.

V. — Dans une tradition conditionnelle, l'*accipiens* qui *pendente conditione* n'est pas propriétaire, a cependant la

possession et peut en conséquence user des interdits en cas de trouble ou de dépossession ; cependant l'usucapion ne commence à courir que du jour de l'accomplissement de la condition.

DROIT FRANÇAIS.

I. — La condition d'épouser une personne avec laquelle on ne peut contracter mariage, qu'après avoir obtenu une autorisation spéciale, est illicite.

II. — La condition qui prive le père de l'administration légale des biens donnés ou légués à son enfant mineur est illicite.

III. — Des immeubles ne sauraient être légués avec une clause d'insaisissabilité valable.

IV. — On ne peut valablement stipuler inaliénables les meubles que la loi déclare insaisissables.

V. — La condition de renoncer à une institution contractuelle est illicite.

VI. — La nullité du legs de la chose d'autrui n'est pas d'ordre public.

VII. — L'art. 900 est inapplicable aux libéralités sous la forme onéreuse.

PROCÉDURE CIVILE.

I. — Dans la disposition du n° 3 § 3 de l'art. 50 C. proc. civ., déférant au juge de paix du lieu de l'ouverture de la succession la conciliation de toutes les demandes relatives aux dispositions à cause de mort, *jusqu'au jugement définitif*, ces dernières expressions doivent s'entendre du

jugement qui clôt les contestations auxquelles les dispositions ont donné lieu.

II. — Le tribunal français appelé à rendre un jugement étranger exécutoire ne peut connaître d'une demande en garantie formée pour la première fois devant lui.

DROIT COMMERCIAL.

I. — Les négociations d'actions non libérées du quart antérieures à la constitution même apparente d'une société ne sont pas nulles ; il en est de même des négociations qui ont porté sur les actions d'une société qui, après avoir été constituée en fait, vient ensuite à être annulée.

II. — La nullité même judiciairement déclarée d'une société anonyme, devenue ainsi une simple association de fait, n'entraîne pas l'impossibilité de la déclaration de faillite de cette société. Elle ne rend pas nécessaire le rapport de la faillite antérieurement prononcée.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. — Si une personne lésée par un fonctionnaire public dépose plainte avec constitution de partie civile devant le magistrat instructeur, le conflit peut être élevé sur l'action ainsi engagée.

II. — Le chef de l'Etat peut, sans excès de pouvoir, après une instruction régulière confiée aux évêques et aux préfets, supprimer une succursale, nonobstant l'avis contraire de l'évêque.

DROIT CRIMINEL.

I. — Le pouvoir formé d'ordre du ministre ne peut pas

préjudicier aux accusés, mais il peut leur profiter, à moins qu'il n'ait été expressément restreint à l'intérêt de la loi.

II. — En matière de propriété industrielle et de brevet d'invention, la décision du juge civil enchaîne le juge répressif, et la décision de ce dernier n'a pas autorité devant toute autre juridiction.

Vu et approuvé :

Les membres de la commission,

E. BAILLY. F. BONNEVILLE.

Vu :

Le Doyen,

VILLEQUEZ.

Permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Dijon,

C. CHAPPUIS.



TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN.

Introduction	1
CHAPITRE I^{er}. — Différences consacrées par les lois romaines au sujet des conditions dans les actes entre-vifs et les testaments.	4
§ 1. — Caractère constitutif de la condition	4
§ 2. — Accomplissement de la condition	15
§ 3. — Effets de la condition	20
A. La condition est pendante.	20
B. La condition est accomplie ou défaillie.	27
CHAPITRE II. — Des conditions impossibles, illicites et immorales dans les actes de disposition entre-vifs ou testamentaires.	31
<i>Section I^{re}</i> — Des effets de ces conditions	31
§ 1. — Etablissement de la règle.	32
§ 2. — Application de la règle aux actes à titre gratuit	41
<i>Section II.</i> — Des clauses qui, à Rome, sont susceptibles de pro- duire les effets de conditions impossibles, illicites et immorales. .	49
§ 1. — Conditions impossibles	49
§ 2. — Conditions illicites ou immorales	60
A. Conditions touchant la liberté	67
B. Conditions touchant le droit public	69
C. Conditions relatives aux mariages.	72
a) Condition absolue de ne pas se marier.	73
b) Condition de se marier selon le consentement d'un tiers .	74
c) Condition de ne pas épouser certaines personnes déter- minées ou d'une certaine localité	74
d) Condition d'épouser une personne déterminée	76
e) Conditions relatives aux seconds mariages	77

D. De la condition <i>jurisjurandi</i>	82
Section III. — Des charges et des conditions résolutoires impossibles, illicites ou immorales	86
§ 1. — De la charge	86
§ 2. — De la condition résolutoire	90
ANCIEN DROIT FRANÇAIS.	93
DROIT INTERMÉDIAIRE.	106
CODE CIVIL.	
Introduction	109
CHAPITRE I ^{er} . — Examen du principe	114
§ 1. L'art. 900 est-il rationnel ?	115
§ 2. Quel est le motif qui l'a guidé les rédacteurs ?	128
CHAPITRE II. — Etendue d'application de l'art. 900	131
Section I ^{re} — Actes auxquels l'art. 900 s'applique	131
Section II. — Clauses auxquelles l'art. 900 s'applique.	142
§ 1. — Des conditions impossibles.	143
§ 2. — Des conditions contraires aux lois	150
N ^o 1. Lois d'ordre public.	152
N ^o 2. Lois d'intérêt général.	168
a) De la défense d'aliéner.	169
b) De la défense de saisir	180
c) Interdiction des pactes sur successions futures.	186
§ 3. Des conditions contraires aux mœurs.	190
a) Conditions concernant les mariages.	191
b) Conditions concernant la liberté individuelle.	200
c) Conditions concernant la liberté de conscience.	201
d) Conditions concernant les mœurs proprement dites	203
APPENDICE. Des clauses pénales	205

